

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE BORDEAUX

DU
CUMUL DES DÉLITS
EN DROIT FRANÇAIS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Soutenue devant la Faculté de Droit de Bordeaux, le Mercredi 26 Juin 1907, à 2 h. 1/2 du soir

PAR

Fernand de LABROUHE de LABORDERIE

AVOCAT A LA COUR D'APPEL

LAURÉAT DE LA FACULTÉ DE DROIT DE BORDEAUX

BORDEAUX

IMPRIMERIE Y. CADORET

17, RUE POQUELIN-MOLIÈRE, 17

1907



Digitized by the Internet Archive
in 2026

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE BORDEAUX

DU

CUMUL DES DÉLITS

EN DROIT FRANÇAIS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

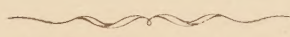
Soutenue devant la Faculté de Droit de Bordeaux, le Mercredi 26 Juin 1907, à 2 h. 1/2 du soir

PAR

Fernand de LABROUHE de LABORDERIE

AVOCAT A LA COUR D'APPEL

LAURÉAT DE LA FACULTÉ DE DROIT DE BORDEAUX



BORDEAUX

IMPRIMERIE Y. CADORET

47, RUE POQUELIN-MOLIÈRE, 47

1907

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE BORDEAUX

DOYEN ET PROFESSEUR HONORAIRE : M. BAUDRY-LACANTINERIE, ✱, § I.

PROFESSEURS HONORAIRES { MM. SAIGNAT, ✱, § I.
BARCKHAUSEN, O. ✱, § I., membre correspondant de l'Institut.

MM. MONNIER, ✱, § I., *Doyen*, professeur de *Droit romain*, chargé d'un cours complémentaire d'*Histoire du droit public français* (Doctorat).

DE LOYNES, § I., professeur de *Droit civil*.

VIGNEAUX, § I., professeur d'*Histoire du droit*.

LE COQ, ✱, § I., professeur de *Procédure civile*.

LEVILLAIN, § I., professeur de *Droit commercial*.

MARANDOUT, § I., professeur de *Droit criminel*.

DUGUIT, § I., assesseur du Doyen, professeur de *Droit constitutionnel et administratif*, chargé d'un cours complémentaire de *Principes du droit public et droit constitutionnel comparé* (Doctorat ès sciences politiques et économiques), et d'un cours d'*Histoire du Droit français* (Doctorat juridique).

DE BOECK, § I., professeur de *Droit international public*, chargé d'un cours complémentaire de *Droit international privé* (Licence).

DIDIER, § I., professeur de *Droit maritime* et de *Législation industrielle*, chargé d'un cours complémentaire de *Droit commercial approfondi et comparé* (Doctorat).

CHÉNEAUX, § I., professeur de *Droit civil*, chargé d'un cours complémentaire de *Droit civil approfondi* (Doctorat).

SAUVAIRE-JOURDAN, § A., professeur d'*Economie politique et Science financière*, chargé d'un cours complémentaire de *Législation et Economie coloniales*.

BENZACAR, § A., professeur d'*Economie politique*, chargé d'un cours complémentaire de *Législation française des finances et Science financière* (Doctorat).

FERRON, § A., professeur de *Droit civil*, chargé d'un cours complémentaire de *Droit civil comparé* (Doctorat), et d'un cours d'*Éléments du Droit civil* (Capacité).

BARDE, § I., professeur de *Droit administratif*, chargé d'un cours complémentaire d'*Éléments du Droit public et Droit administratif* (Capacité).

FERRADOU, § A., professeur de *Droit romain*, chargé d'un cours complémentaire d'*Histoire des Doctrines économiques* (Doctorat).

MM. BENOIST, § I., *Secrétaire*.

PLATON, § I., ancien élève de l'Ecole des Hautes Études, *sous-bibliothécaire*.

LALANNE, §, *commis au secrétariat*.

COMMISSION DE LA THÈSE

MM. MARANDOUT, professeur..... *Président*.
DIDIER, professeur..... } *Suffragants*
FERRADOU, professeur..... }

DU

CUMUL DES DÉLITS

EN DROIT FRANÇAIS

CHAPITRE PREMIER

Définition et essai d'une théorie rationnelle du cumul.

SECTION PREMIÈRE

DÉFINITION

La question de la pluralité d'infractions commises par le même agent constitue l'une des matières les plus intéressantes mais aussi les plus complexes du droit pénal.

Il peut se faire qu'un individu ait commis plusieurs infractions avant d'avoir été condamné pour aucune d'elles. Il est possible qu'il n'ait commis un second délit qu'après avoir été irrévocablement condamné pour le premier. La première situation est connue en droit pénal sous le nom de concours

d'infractions ou cumul de délits ⁽¹⁾, la seconde sous celui de récidive.

C'est du cumul de délits que nous nous proposons de traiter dans ce travail.

Il importe donc tout d'abord d'en préciser les éléments. Pour qu'il y ait concours d'infractions, deux conditions essentielles sont requises :

1° Le même agent s'est rendu coupable de plusieurs infractions.

2° Il n'a été condamné irrévocablement pour aucune d'elles avant d'avoir commis les autres.

L'indication de cette double condition va nous permettre de situer exactement le cumul au milieu de situations juridiques voisines, mais cependant distinctes.

A. *Le même agent s'est rendu coupable de plusieurs infractions*, mais il faut que chacune de ces infractions soit en elle-même punissable au moment où on l'envisage. Si donc l'une d'elles est prescrite, si elle a été amnistiée, ou encore si, commise à l'étranger, elle n'est pas punissable en France, la première condition nécessaire pour qu'il y ait cumul fait défaut.

Il n'y aura pas davantage cumul d'infractions toutes les fois qu'une multiplicité de faits matériels punissables ou non constituera un délit unique. Il y a dans cette hypothèse pluralité de faits, mais non pluralité de délits. L'ensemble de ces faits matériels est considéré et traité par la loi comme un délit unique. C'est le cas pour les délits collectifs ou d'habi-

(¹) On emploie parfois une autre expression pour désigner cette situation juridique spéciale et on la dénomme : réitération d'infractions. Nous rejetons cette terminologie comme insuffisamment compréhensive. Le mot réitération nous paraît avoir un sens très restreint et viser seulement la répétition du même délit. L'expression concours ou cumul s'applique à la réunion de délits quelconques.

tude, les délits continués ou moralement continus et les délits qualifiés.

En général, un fait unique suffit en droit pénal à constituer un délit. Par contre, il est des cas où la loi exige chez l'auteur, pour lui appliquer une peine, la réitération de faits dénotant chez lui l'habitude. Chacun des faits individuellement considérés échappe à la répression; leur réunion seule constituera un délit.

On cite dans ce sens le délit d'habitude d'usure, prévu et réprimé par la loi du 19 décembre 1830 (art. 2), l'excitation habituelle de mineurs à la débauche (art. 334 C. pén.), le vagabondage spécial (loi du 27 mai 1883, art. 4 *in fine*), pour lequel il est exigé que le délinquant ne tire habituellement sa subsistance que du fait de pratiquer ou faciliter, sur la voie publique, l'exercice des jeux illicites.

La partie finale de ce texte, qui visait l'assistance à la prostitution d'autrui sur la voie publique, a été abrogée par une loi du 3 août 1903. Aux termes de cette nouvelle réglementation, il faut, pour encourir les peines de trois mois à deux ans d'emprisonnement et de 100 francs à 1.000 francs d'amende avec interdiction de séjour de cinq à dix ans, avoir « fait métier de souteneur ». C'est donc toujours un délit d'habitude.

Le délit continué ou moralement continu se différencie du délit d'habitude en ce que chacun des faits susceptibles d'être relevés à la charge du délinquant est intrinsèquement punissable au moment où il est accompli. Au rebours de l'hypothèse précédente, la juxtaposition de plusieurs faits fait perdre à chacun d'eux son caractère individuel de délit.

Soit par exemple une série de soustractions frauduleuses commises par un domestique en exécution du dessein formé à l'avance de mettre au pillage le garde manger, la cave ou

le coffre-fort de son maître, chacune de ces soustractions, si elle est seule portée à la connaissance de la justice, sera l'objet d'une répression. Rapprochée des autres, elle ne sera plus qu'un des éléments du délit unique de vol.

L'intérêt de cette question apparaîtra surtout dans notre législation, quand un des faits délictueux dont s'agit ayant été omis dans une procédure close, on se demandera si sa découverte peut donner ouverture à nouvelle information.

Si la première poursuite a abouti à un non-lieu, cette découverte permettra toujours de reprendre l'instruction, si c'est un acquittement qui l'a terminée, il ne peut apporter d'obstacle à la qualification pénale d'un fait ignoré des juges qui ont déjà statué : si enfin c'est une condamnation qui est intervenue, on n'en saurait solliciter une nouvelle à raison d'un fait dans lequel on doit voir l'exécution partielle d'un dessein unique déjà réprimé.

Nous rapprocherons de ce cas celui du délit continu, qui, lui, suppose une seule action coupable susceptible de se prolonger pendant un temps plus ou moins long.

Un exemple célèbre nous fera immédiatement saisir la distinction du délit continu et du délit ordinaire ou instantané, c'est celui de l'adultère, qui, envisagé par rapport à la femme, est un délit ordinaire, et, par rapport au mari, un délit continu.

Le mari n'est en effet punissable qu'autant qu'il a entretenu sa concubine au domicile conjugal. On ne saurait dès lors considérer individuellement chacun des actes d'infidélité qu'il commet. Quel qu'en soit le nombre, il n'y aura jamais qu'un délit. La femme, au contraire, commet une infraction nouvelle chaque fois qu'elle s'abandonne à un tiers. Elle peut donc se présenter à la justice en état de cumul, le mari ne le peut jamais.

Il faut, pour distinguer pratiquement le délit continu du délit simple, rechercher la pensée du législateur.

A-t-il entendu réprimer un fait, et ce fait a-t-il été reproduit ? Il y a cumul d'infractions. A-t-il entendu interdire une situation ? Le nombre des faits par lesquels elle se manifeste est indifférent. Le délit est unique.

Il y a encore unité de délit et pluralité d'actes dans l'hypothèse du *délit qualifié* ; un fait suffisait à constituer un délit, mais il s'accompagne d'autres faits qui augmentent sa gravité ; c'est un vol, par exemple, qui est compliqué d'escalade, de violence, de menaces ou d'effraction.

Il y a bien pluralité d'actes et d'actes intrinsèquement punissables, mais la loi considère leur ensemble comme un délit unique et leur applique collectivement une peine plus forte que chacune de celles qu'ils ont individuellement encourue et même que leur addition.

Dans tous les cas où un texte spécial n'a pas édicté une peine globale contre un ensemble de délits réunis par l'unité de but, et où ces délits seront différents par leur nature, nous considérerons qu'il y a vraiment cumul.

Si le but principal de l'agent avait pour effet d'effacer le caractère individuel de chacun des délits commis pour l'atteindre, c'est en bonne logique la peine de l'infraction-but qui devrait être prononcée. Or il n'est personne qui ne recule devant cette conséquence, si l'infraction-but est moins sévèrement qualifiée par la loi qu'une de celles qui lui ont servi de moyen. Un homme, par exemple, tue pour voler. Il a bien sans doute un but principal, unique, si on le veut, qui est la soustraction frauduleuse de l'objet qu'il a convoité, mais il obéit à une double détermination criminelle dont l'une sert de cause à l'autre et en se déterminant à un moyen plus grave que son but même, il encourt évidemment la peine attachée par la loi à l'utilisation de ce moyen.

A supposer que l'art. 304 al. 2 ne soit pas venu, dans notre législation positive, régir cette situation, proposerait-on d'appliquer à cet homme la peine du vol en raison du but unique qui l'a guidé ?

B. La deuxième condition exigée, pour qu'il y ait cumul de délits, est qu'aucune des infractions envisagées n'ait fait l'objet d'une condamnation irrévocable.

S'il en était autrement, et si l'une des infractions avait été irrévocablement jugée, le coupable serait en état de récidive et non en état de cumul. Pour apprécier s'il en est ainsi, il faut se placer au moment où la seconde infraction est commise. Une condamnation est-elle déjà intervenue sur la première et cette condamnation est-elle définitive, ce sont les règles de la récidive qui doivent être appliquées. Dans le cas contraire, ce sont celles du cumul.

Il nous serait facile de préciser les applications de cette idée faites par la jurisprudence au cas de délits commis à l'audience même où on vient d'en juger un autre et quelquefois à une date très éloignée, durant les délais de la contumace, mais la netteté d'une formule indiscutée nous dispense, croyons-nous, de tout commentaire.

Pour résumer les explications qui précèdent sur les conditions du cumul, nous redirons qu'il est envisagé par rapport à un seul agent et suppose avant une condamnation ayant acquis l'autorité de la chose jugée, plusieurs infractions semblables ou non, que celles-ci résultent d'un acte unique ou d'actions distinctes.

Si c'est un fait unique au point de vue matériel qui viole plusieurs textes de la loi pénale et est, par conséquent, susceptible de diverses incriminations, le cumul est dit *idéal*, *formel* ou *intellectuel*.

Nos codes n'ont pas, d'une façon générale, prévu cette situa-

tion sur laquelle une intéressante étude a été publiée dans la *Revue critique* de 1898 par M. Larcher ⁽¹⁾. Ils laissent donc au magistrat le soin d'appliquer au cumul idéal les règles que les principes de l'interprétation judiciaire et notamment les arguments d'analogie lui indiqueront comme convenables.

La plupart des législations étrangères s'en sont, au contraire, préoccupées. Elles décident que la peine sera prononcée conformément à l'incrimination la plus grave, et cette solution que la jurisprudence française consacre unanimement, fait aussi l'objet d'un article formel dans le projet de code pénal rédigé par la commission instituée en 1887.

Le cumul matériel, dont les éléments sont dès à présent dégagés, a vivement préoccupé au contraire le législateur français, mais avant de passer en revue les divers textes qui édictent les règles de pénalité applicables en pareil cas, nous devons examiner à quels principes rationnels il y aurait lieu de les rattacher.

SECTION II

ESSAI D'UNE THÉORIE RATIONNELLE

D'une façon générale, l'idée de responsabilité en droit pénal a subi une évolution à peu près identique chez tous les peuples. Primitivement, l'acte coupable a seul été envisagé comme base du quantum de la peine; plus tard, la culpabilité, la mentalité, la psychologie du criminel sont entrées en ligne de compte pour la détermination de la peine applicable. La responsabilité de réelle est devenue personnelle ou, pour

(1) Voir en outre Molinier et Vidal, II, p. 279, et René Lucien, thèse, Dijon, 1901.

employer une expression plus moderne, d'objective elle est devenue subjective.

La première théorie procède de l'idée de vengeance, de réparation du préjudice causé par l'acte coupable, la seconde d'un ensemble de principes infiniment complexes et que nous devons dès l'abord examiner, car ils éclaireront et inspireront les développements qui vont suivre.

Parallèlement à la notion de la responsabilité, le caractère de la peine a lui aussi évolué. Il est difficile de préciser d'un mot le sens de cette évolution. Dire, comme on l'enseigne souvent, qu'elle a une tendance à adoucir la répression, serait inexact, car nous aurons bientôt l'occasion de voir que les théories modernes ont eu souvent pour conséquence une aggravation de la pénalité. L'inverse, d'autre part, serait encore plus faux. La répression s'est souvent adoucie. En vérité les théories modernes ont eu pour conséquence, tantôt de l'aggraver, tantôt de l'adoucir, et cela par application de leur principe fondamental : proportionner la peine plutôt à la culpabilité interne du délinquant qu'à la gravité apparente du délit.

Ainsi s'expliquent toutes les réformes de notre système pénal français. L'introduction et l'extension progressive des circonstances atténuantes, la loi de sursis, la libération conditionnelle ont eu pour but d'adapter la pénalité à la culpabilité de l'agent en l'adoucissant ; les lois relatives à la récidive, à la relégation ont eu le même but en aggravant la pénalité applicable à certains individus particulièrement dangereux au point de vue social.

Non seulement la pénalité s'est transformée, mais le caractère de la peine s'est modifié et le nom qu'elle porte exprime bien mal l'idée qui préside à son application, car la peine ne vise plus tellement à punir qu'à prévenir le crime, à corriger

et à amender le coupable. Le caractère éducatif de la peine, éminemment moderne, est directement inspiré des théories subjectives de la responsabilité.

Une théorie rationnelle du cumul doit donc s'inspirer directement de cet ensemble d'idées et surtout de ce principe : proportionner la peine applicable à l'auteur de délits cumulés, non pas tant au nombre des crimes ou délits poursuivis qu'à la culpabilité morale du délinquant.

Les auteurs circonscrivent, d'une façon générale, dans trois systèmes les différents modes de répression des délits cumulés. Ils distinguent le système de l'addition, le système de l'aggravation et celui de l'absorption. Il nous sera facile de montrer que le système de l'absorption n'est en somme qu'une variante adoucie du système de l'aggravation, et nous distinguerons plus simplement deux grands systèmes de répression de délits cumulés : celui de l'addition et celui de l'aggravation ; mais comme l'aggravation comporte des degrés, nous aurons à apprécier suivant leur caractère plus ou moins radical, les théories qui s'y rattachent.

A. Système de l'addition.

Ce premier système trouve son fondement dans les théories objectives de la responsabilité ; à une infraction doit correspondre une peine, à deux infractions deux peines et ainsi de suite. En fait, c'est bien aux époques où dominent les théories objectives que ce système est pratiqué.

Est-il cependant bien exact de voir en lui une conséquence directe du système de la réalité des peines ? Le principe de la responsabilité subjective n'en permet-il pas lui aussi la justification ? Les théories modernes ne le consolident-elles pas au lieu de l'ébranler ?

Il semble bien qu'elles le consolident : L'observation psychologique du criminel a permis, en effet, de distinguer deux catégories de malfaiteurs : c'est la classification bien connue du délinquant d'occasion et du délinquant d'habitude.

Que la loi se propose de prévenir, de punir ou d'amender, les seconds doivent à ce triple point de vue être plus sévèrement traités à égalité de faute que les premiers. Telle est la conclusion à laquelle aboutit la philosophie pénale moderne, et c'est là l'origine et pour ainsi dire le pivot de toutes les grandes réformes pénales, accomplies dans ces derniers temps.

Or l'auteur de délits cumulés nous apparaît bien, en thèse, sous le jour d'un délinquant d'habitude. Après avoir commis une première infraction, loin de se ressaisir, il en commet une deuxième, une troisième... N'est-il pas nécessaire de réprimer ses mauvais instincts par la menace d'une répression particulièrement sévère? Ne doit-on pas lui appliquer, pour chacun des délits qu'il a cumulés, la peine qu'il eût encourue en les échelonnant de telle sorte qu'à chaque infraction eût correspondu une condamnation distincte?

Ce serait logique, car on ne voit pas *à priori* pourquoi la loi se montrerait plus indulgente au second cas qu'au premier. Pour être pleinement logique même, il faudrait, semble-t-il, non seulement additionner les peines, mais encore les aggraver en les additionnant. Le maximum de la peine est, en effet, augmenté par la loi au cas de récidive. Pourquoi n'en est-il pas de même au cas de cumul qui présente à notre examen une situation toute voisine?

Ce serait prudent, semble-t-il, car autrement le condamné trouve dans une première infraction restée impunie comme un encouragement à en commettre de nouvelles, une immunité qui peut être absolue pour celles qui lui viendront à la

pensée. Et dans des pays comme le nôtre où la criminalité d'habitude se présente à l'état de phénomène progressif, le système de l'addition, renforcé même de certaines aggravations, apparaît comme objectivement et subjectivement recommandable et justifié.

Il ne se heurte à aucune des théories dont nous avons esquissé les tendances, et trouve au contraire, dans l'une et dans l'autre, un point d'appui et une confirmation.

Tout cela n'est qu'apparence.

Encore pratiqué chez certains peuples modernes (Etat du Texas, Angleterre), le système de l'addition est, de nos jours, généralement condamné par les criminalistes, l'école italienne seule lui conserve des partisans. L'application rigoureuse et mathématique de la règle « à chaque délit sa peine » aboutit en fait à une exagération inhumaine de la répression, ou se heurte à des impossibilités matérielles ou morales d'exécution.

La théorie de la responsabilité subjective ne commande pas une telle sévérité.

La répression est trop sévère, car les infiniment petits eux-mêmes, additionnés et combinés, en arrivent à créer des infiniment grands, et point n'est besoin d'infractions bien nombreuses pour que le total de la peine atteigne un quantum exorbitant.

Les amendes ont vite fait, avec le système de l'addition, de dégénérer en une peine de confiscation générale; l'emprisonnement temporaire ne tarde pas, en cas de cumul, à égaler ou même dépasser la durée probable de la vie du condamné et à se transformer en une peine perpétuelle. La condamnation pour délits cumulés en arrive ainsi à se transformer en un fait divers amusant et, un journal du matin se faisait récemment une joie de nous rapporter une décision judiciaire du Texas

condamnant un individu à 1000 ans de prison pour délits cumulés. L'absurdité intrinsèque de tels jugements, n'est du reste pas seulement regrettable en elle-même, elle rejaillit un peu, dans l'opinion publique, sur le Tribunal qui les rend et ridiculise la loi qui les autorise ou les prescrit.

Ce système aboutit encore à des impossibilités matérielles ou morales. Lorsqu'en effet un individu a encouru une première peine perpétuelle, on conçoit difficilement les moyens de lui en faire subir d'autres en même temps. Un condamné aux travaux forcés à perpétuité ne peut subir simultanément cette peine et celle de la réclusion; la condamnation à mort exclut, elle aussi, toute possibilité d'exécution d'une autre peine de quelque nature qu'elle soit. Sans doute, l'impossibilité d'exécution peut n'être pas ici matérielle. Si la peine à cumuler avec celle de mort est temporaire, on pourrait décider qu'elle sera préalablement subie, mais qui ne sent combien une pareille solution serait contraire aux sentiments les plus intimes de notre nature? En un siècle et chez des peuples qui se piquent de civilisation et de progrès, ce serait un monstrueux exemple de barbarie inutile et de véritable inhumanité.

Le système de l'addition dépasse encore les limites de la justice.

Le principe qui proportionne la peine au degré de culpabilité du délinquant et non plus seulement au délit, le caractère moralisateur et éducateur qu'on s'accorde de plus en plus à reconnaître à la répression justifient et même exigent au cas de délit cumulé un adoucissement de cette répression.

L'auteur de délits cumulés doit être provisoirement considéré comme moins coupable que celui de délits successivement réprimés.

Il ne présente pas nécessairement le caractère d'un délinquant professionnel.

Un individu peut avoir sa vie entière ponctuellement suivie les règles de l'honnêteté. Un jour vient où la vieillesse, la maladie, la misère peut-être en font un délinquant. Le premier vol lui a coûté à commettre, il a longtemps hésité; les circonstances ont étouffé en lui le dernier cri de la conscience et il s'est laissé aller. Grisé par le succès de son premier délit, il en a commis deux, trois, quatre.

Peut-on traiter cet homme comme un malfaiteur d'habitude, un récidiviste, un professionnel du vol? Une première condamnation lui eût sans doute permis de se ressaisir, de réfléchir aux conséquences de son acte. La voix solennelle de la justice aurait réveillé en lui celle de la conscience qui n'était qu'assoupie. Il eût vraisemblablement cherché à racheter par une conduite irréprochable cette faute dont la gravité lui serait apparue dans tout son jour. Au lieu de cela, livré à lui-même, il a glissé sur la pente du vice et n'a pas su s'arrêter.

Sa culpabilité réelle peut très bien ne correspondre ni au nombre ni à la gravité des délits qu'il a commis. Or, la peine doit être proportionnée à la tare morale du délinquant et la répression pénale a, en principe, un pouvoir moralisateur dont cet auteur de délits cumulés n'a pas subi l'influence.

Il est coupable sans doute, plus coupable que s'il avait puisé en lui-même la force de se ressaisir dès sa première infraction. Il l'est moins que si cette première infraction avait été immédiatement réprimée.

Le principe de la proportionnalité de la peine au délinquant et le caractère éducateur de la peine dans nos sociétés modernes, nous amènent à demander en sa faveur une situation différente de celle qui est faite au récidiviste, un tempérament à la répression exagérée que constituerait le cumul.

Mais comme une indulgence outrée serait un encouragement au mal et que l'assimilation complète de plusieurs délits à un seul nous paraîtrait avoir ce caractère, la pluralité des délits entrera en ligne de compte dans la fixation de la peine soit encourue, soit appliquée.

Ainsi arrivons nous à l'exposé du système du non cumul des peines avec aggravation, plus brièvement dénommé en général : système de l'aggravation.

B. Système de l'aggravation.

L'idée générale de ce système consiste à n'appliquer plus à chaque délit sa peine, mais à l'ensemble des délits cumulés une seule et même peine. Le délit le plus grave est alors considéré comme chef principal d'accusation, les autres délits n'interviennent que comme circonstances aggravantes, permettant d'élever le maximum de la peine applicable au principal délit.

Dès lors, deux systèmes d'aggravation sont concevables. Un système d'aggravation légale où la pluralité des délits joue le rôle de circonstance aggravante légale. Un système d'aggravation judiciaire où la pluralité des délits joue seulement le rôle de circonstance aggravante judiciaire.

Au premier cas, le maximum de la peine normalement applicable au délit le plus grave est augmenté par la loi elle-même ; au second cas, ce maximum n'est pas accru, mais le juge tiendra compte, dans le prononcé de sa sentence, des autres délits pour rapprocher du maximum encouru, ou pour porter à ce maximum, la peine qu'il infligera à raison du délit le plus grave ⁽¹⁾.

(¹) Nous nous bornons par là à appliquer à la théorie rationnelle du cumul des délits, la distinction classique et bien connue de la circonstance aggravante légale

Avec le système de l'aggravation, nous obvions aux absurdités intrinsèques, aux impossibilités, à la sévérité excessive du système de l'addition. La répression n'est plus trop sévère ni impossible. Le législateur prévoit par avance ces inconvénients et il y pourvoit. La modération qu'il convient d'apporter à un système radical d'addition des peines et l'aggravation nécessaire au système du non cumul des peines sera une question de mesure et de tact législatif. On augmentera, par exemple, la durée des peines élevées et l'on fixera un maximum à l'addition des peines plus légères.

Le principe de l'aggravation s'appliquera-t-il à toutes les infractions ? Au cas où il s'appliquera, dans quelle mesure la peine du délit le plus grave devra-t-elle s'impressionner des autres ? C'est là une question qui se pose à chaque législateur et que chaque législateur doit résoudre en s'inspirant du milieu social qui lui est propre, du caractère des infractions commises, de leur nombre et de leur gravité.

a) *Système de l'aggravation judiciaire ou système de l'absorption.*

Ce système nous conduit aux antipodes de celui de l'addition. Sans doute, il ne faut pas dire, comme on le soutient généralement, que le délit le plus grave absorbe les délits les moins graves et que le criminel se trouve jouir d'une impunité complète à raison de ces délits secondaires. Car, dans l'esprit des partisans, de plus en plus rares du reste, de ce système, et dans celui des législations qui le consacrent, les délits du chef desquels le juge n'a pas à prononcer de condamnation particulière sont loin de rester sans influence sur la peine appliquée. Mais ils n'interviennent que comme circonstance aggravante judiciaire ; le juge n'en pourra tenir

et de la circonstance aggravante judiciaire. Cf. sur cette distinction, Garraud, *Precis*, p. 306 et 307.

compte que dans la mesure du maximum de la peine afférente au délit le plus grave.

Mais dans cette limite il pourra, il devra même en tenir compte. Sans doute, en fait, au cas où le délinquant aurait, à raison d'un seul et même délit, encouru le maximum de la peine la plus forte, ce système aboutira à une véritable absorption des délits moindres par le délit principal, mais ce ne sera ni le cas le plus général ni surtout une conséquence logique du système législatif en vigueur. Aussi ce système nous paraît-il être malheureusement nommé système de l'absorption. S'il aboutit parfois et trop souvent à une absorption de fait, cette absorption est une conséquence, mais une conséquence exceptionnelle qui ne mérite pas de donner son nom au principe.

Toutefois, dire que ce système risque d'aboutir parfois à une absorption de fait des délits les moins graves par le délit le plus grave, c'est lui reconnaître un vice capital et une contradiction intrinsèque. Il veut aggraver. En fait, il se heurte à un obstacle, et comme le système de l'addition, mais en sens inverse, à une impossibilité.

D'autre part, il est clair que la répression qu'il édicte est extrêmement adoucie et modérée. Sans pouvoir dire d'une façon générale qu'un premier délit constitue comme une carte blanche pour les délits postérieurement commis par le même agent, il est certain que dans bien des cas, les limites entre lesquelles il est permis au juge de se mouvoir pour le prononcé de sa sentence sont trop resserrées.

Par une conséquence curieuse même, c'est le délit à raison duquel un criminel a encouru le maximum qui constitue à son profit une immunité légale pour toutes les infractions moins graves par leur nature, antérieures ou postérieures.

Ce système conduit incontestablement à énerver la répression.

b) *Système de l'aggravation légale ou du cumul juridique.*

Aussi lui préfère-t-on généralement, en théorie et en pratique, le système de l'aggravation légale, plus communément dénommé système du cumul juridique. Par là on essaie d'atténuer ce que le système de l'addition a de trop rigoureux et d'injuste, de corriger ce que le système de l'aggravation judiciaire ou de l'absorption a de trop indulgent et d'insuffisamment répressif. Dès lors, au lieu d'additionner les peines ou de n'en appliquer qu'une, la plus forte, on prescrit au juge de condamner l'auteur des délits cumulés à une peine qui, tout en étant inférieure au total des peines encourues par chaque délit, sera supérieure à celle du délit le plus grave; et le législateur aggrave la peine susceptible d'être prononcée à raison du délit le plus grave. Toutefois les peines temporaires ou pécuniaires se prêteront seules aisément à l'application de ces principes, la peine de mort et les peines perpétuelles ne pouvant être aggravées que par l'adjonction d'une peine temporaire au premier cas, l'adjonction d'une peine temporaire ou la substitution d'une peine perpétuelle plus grave au second cas. L'aggravation sera elle-même une question de mesure. Le législateur, dans sa sagesse, aura à décider si l'on doit se borner à augmenter le quantum de la peine encourue ou si l'on doit aller jusqu'à prononcer des peines de nature ou de degré différents.

En ce sens, certains législateurs ont imaginé une solution curieuse de ce problème, et ils ont essayé de se donner à eux-mêmes comme un barème des pénalités applicables au cas de délits cumulés. L'opération consiste à établir une équation des peines de nature ou de degrés différents, et à convertir la peine encourue pour chacun des délits secondaires en une fraction de la peine plus grave du délit principal pour les additionner ensuite.

Un exemple fera mieux comprendre ce mécanisme compliqué.

Soient : un crime punissable de 6 ans de travaux forcés et deux délits punissables le premier de 6 ans de prison, le second de 3 ans. Le législateur pose l'équation : 3 ans de prison = 1 an de travaux forcés. Au cas où ce crime et ces délits auront été cumulés, leur auteur sera condamné à 9 ans de travaux forcés constitués par l'addition de $6 + 2 + 1$.

Sans entrer dans le détail de ce système qui n'a même pas pour lui le mérite de la nouveauté ⁽¹⁾, remarquons simplement qu'il aboutit en fait au même résultat que le cumul juridique, tel qu'on le conçoit d'habitude. Aussi ne croyons-nous pas nécessaire de l'en distinguer, il n'en constitue qu'une variété et une variété, selon nous, assez malheureuse. On lui donne généralement le nom de cumul intensif ⁽²⁾.

Remarque. — Le système de l'aggravation légale ou du cumul juridique, qui rallie la très grande majorité des auteurs et est aujourd'hui consacré par la plupart des législations étrangères ⁽³⁾, est-il, sous cette forme, absolument acceptable et défendable ? Peut-on l'appliquer à tous les délinquants, à toutes les violations de la loi pénale ?

Nous avons déjà exposé les principes dans lesquels il trouve sa justification et son fondement : la peine doit être proportionnelle non seulement au délit, mais à la culpabilité de l'agent. Or, au cas de délits cumulés, l'action améliorante de la peine ne s'est pas exercée. Le législateur doit en tenir compte. Mais toutes les fois que cette action moralisatrice ne

⁽¹⁾ Il est adopté par le code suédois de 1864.

⁽²⁾ V. Vidal, *Cours*, p. 356.

⁽³⁾ C. pén. belge de 1867, art. 58 et s. — C. pén. allemand de 1870, art. 74 à 78. — C. pén. hongrois de 1878, art. 91 et s. — C. pén. néerlandais de 1881, art. 57 et 58. — C. pén. italien de 1889, art. 67 à 69. — C. pén. de Neuchâtel de 1891, art. 90.

pouvait plus être espérée ou toutes les fois que la loi punit un délit considéré en lui-même et indépendamment des tendances mauvaises qu'il manifeste, le système du cumul juridique devra cesser de s'appliquer.

Nous visons ainsi les délinquants d'habitude et les auteurs de simples contraventions.

a) *Délinquants d'habitude*. — Il est clair, en effet, que dans certaines conditions de récidive suivie de cumul, il n'y a plus lieu d'invoquer en faveur des délinquants l'argument tiré de l'impossibilité où l'on se trouve d'apprécier l'effet moralisateur qu'une peine appliquée à temps aurait pu produire sur eux, comme on le fait au cas de cumul simple. La distinction entre la récidive et le cumul manque ici de base. Dès lors, on doit appliquer, en principe et logiquement, le système de l'addition, avec les seules restrictions que l'humanité pourra imposer ('). Dans bien des cas, cela permettra de prononcer la relégation contre ce malade dangereux qu'est le délinquant d'habitude et de la prononcer avant qu'il ait causé à la société de nouveaux préjudices.

b) *Contraventions*. — Il en sera de même au cas de contraventions. Ici, en effet, le législateur ne se préoccupe pas des intentions de l'agent pour prononcer la peine. Le fait est puni pour lui-même et en lui-même. Il est donc tout naturel qu'il y ait autant de peines prononcées que d'infractions constatées. Au surplus, la légèreté des peines applicables est telle que le système de l'addition n'aboutira à des rigueurs sérieuses qu'autant que le contrevenant aura cherché à faire de la contravention habituelle et préméditée une spéculation véritable — et il n'y aura pas de quoi s'émouvoir.

En un mot et pour nous résumer, nous rejetons en prin-

(') Garofalo, *Criminologie*, 3^e partie, ch. II, § 5, p. 355 et s.

cipe le système de l'addition et le système de l'aggravation judiciaire improprement appelé système de l'absorption, le premier en raison de sa rigueur et le second de son indulgence, qui toutes deux sont excessives. Le système de l'aggravation légale ou du cumul juridique a toutes nos préférences et c'est vers lui que s'orientent toutes les législations qui ne l'ont pas encore formellement consacré. Mais son application pratique exige une grande prudence. Son champ est du reste bien délimité : il convient aux criminels d'occasion et aux crimes et délits punis de peines temporaires ou pécuniaires ; il cesse logiquement de s'appliquer aux délinquants d'habitude et aux contraventions de simple police.

CHAPITRE II

Droit positif. Règle et exceptions envisagées : 1° par rapport aux infractions ; 2° par rapport aux peines.

Quelle application notre législateur a-t-il faite de ces principes au cours de l'histoire ? C'est là ce qu'il nous reste à rechercher. Nous le ferons en nous plaçant successivement à deux points de vue et en examinant la législation : 1° avant le Code pénal ; 2° après le Code pénal.

SECTION PREMIÈRE

HISTORIQUE

L'étude du droit romain appliquée à la situation du cumul des délits nous oblige à considérer successivement deux hypothèses particulières.

Celle du cumul des délits privés et celle du cumul des délits publics.

a) *Cumul des délits privés.* — Dans le dernier état du droit romain, le délit a pour sanction une composition légale, c'est-à-dire une condamnation pénale pécuniaire prononcée au profit de la victime.

Au cas de concours de plusieurs infractions, le droit romain accordait-il pour chaque délit une action ? C'est là un point très controversé et très obscur comme tant d'autres

points du droit romain primitif. Mais même pour l'époque classique, la solution fait difficulté, car deux jurisconsultes contemporains, Paul et Ulpien, examinent la question et la résolvent en des sens diamétralement opposés, au moins en apparence : *Nunquam plura delicta concurrentia faciant ut ullius impunitas detur, neque enim delictum ob aliud delictum minuit pœnam. Qui igitur hominem subripuit et occidit ; quia subripuit furti ; quia occidit. Aquilia tenetur Neque altera horum alteram consumit* (Ulp., fr. 2, D., *De priv. delict.*, 47. 1.).

Nunquam actiones pœnales de eadem re concurrentes, alia aliam consumit (Ulp., fr. 60, D., *de obl*, 447),

nous dit Ulpien au Digeste. Ainsi Ulpien semble, dans ces deux textes, poser le principe du cumul des actions et des compositions légales : L'*actio furti* sera donnée concurremment à l'action de la loi *Aquilia*.

Paul nous donne, au contraire, la solution exactement opposée : *Qui rem rapuit, et furti nec manifesti tenetur in duplum, et vi bonorum raptorum, in quadruplum. Sed si ante actum sit de vi bonorum raptorum, deneganda est furti. Si ante furti actum est, non est illa deneganda ; ut tamen id, quod amplius in ea est, consequatur* (Paul, fr. I, D., *De vi bon. rapt.*, 47-8).

Qu'en conclure ? S'agit-il ici de l'une de ces controverses qui passionnèrent les jurisconsultes romains et qui reste encore ouverte à l'époque de Paul et d'Ulpien ? Ne peut-on pas, au contraire, réussir à concilier ces deux textes ? Il est incontestable que dans un système de répression basé uniquement sur la notion de vengeance privée, le principe du cumul d'actions est logiquement applicable. Mais à l'époque de Paul, l'idée de vengeance privée est en décadence et la répression pécuniaire des délits a un caractère beaucoup plus

économique que pénal et vindicatif. N'est-il pas vraisemblable, dès lors, que le m^e siècle fut une époque de transition où la notion de la répression délictuelle tend à évoluer ? Peut-être ?

Mais cette explication nous paraît beaucoup moins satisfaisante que celle qui nous est suggérée par l'examen plus minutieux des textes de Paul et d'Ulpien.

Dans l'hypothèse envisagée par Ulpien, il s'agit de deux délits distincts : le *furtum* et le délit de la loi *Aquiliana*.

Dans celle de Paul, il s'agit d'un même délit : le vol, mais passible de deux peines.

Il n'est dès lors pas étonnant que le principe du cumul d'actions, très nettement affirmé par Ulpien, subisse de l'avis de Paul, dans une hypothèse particulière, une exception, et que l'on ne puisse appliquer la règle du cumul des délits et des actions à un délit en réalité unique. Paul par ailleurs ne posant aucun principe, rien ne démontre qu'il ne s'agisse pas là d'une pure solution d'espèce. Si donc il nous était permis d'exprimer un avis personnel, nous tendrions à penser, en nous inspirant à la fois de l'esprit du droit romain en matière de délits privés et des textes eux-mêmes, que la règle : « *Nunquam actiones pœnales de eadem re concurrentes alia aliam consumit* », exprime bien la solution romaine en matière de délits privés.

b) *Cumul de délits publics*. — Et cela dès lors nous permet de comprendre que la règle du cumul des peines soit aussi la règle en matière de délits publics. Nous savons, en effet, que le délit public n'est en définitive qu'une métamorphose du délit privé. Il est donc tout naturel que la règle du cumul soit applicable au délit public, si elle s'appliquait déjà à son ancêtre le délit privé. Une solution inverse serait difficile à admettre et surtout à expliquer. Et comme la règle du cumul ne fait aucun doute en ce qui concerne le délit

public ⁽¹⁾, ce nous est une raison de plus de penser qu'elle régissait aussi la matière des délits privés.

Ancien droit français. — Du droit romain, ces principes passèrent dans notre ancienne jurisprudence. Sans doute, nos anciens auteurs sont loin d'être d'accord. Loiseau, dans son *Traité des seigneuries*, et Loysel, dans ses *Institutes coutumières*, enseignent en des termes à peu près identiques que « la plus grande peine et amende attire et emporte la moindre ». Jousse, par contre, dans son *Traité de la justice criminelle en France*, posait très nettement le principe de l'addition des peines : « Lorsqu'un accusé est convaincu de plusieurs crimes dont chacun mérite d'être puni d'une peine particulière, il doit être puni d'autant de peines qu'il a de délits différents, suivant la règle établie par Ulpien (loi 2, *priv. delict.*), car un délit ne peut diminuer la peine d'un autre délit ».

Mais à défaut de concordance d'opinions et d'unanimité d'avis chez nos anciens auteurs du droit criminel, il nous est permis de nous inspirer du caractère présenté par le système pénal de notre ancienne France. Or, à ce point de vue, plus de doute ; c'est le système de la réalité des peines et de la responsabilité objective qui domine et qui domine partout. La sévérité de la répression, d'accord avec la dureté des mœurs, nous est une raison de penser que la sensibilité de nos pères devait assez peu s'émouvoir devant les conséquences rigoureuses du système de l'addition.

Tout laisse donc à supposer que notre ancienne jurisprudence s'en tenait au principe du droit romain. Elle y apportait cependant des exceptions, et c'est le cas de répéter que l'exception confirme la règle. Nous avons déjà eu l'occasion

(1) Ulpien, fr. 7, § 5, D., *de accusat.*, 48. 2; fr. 1, § 5, *Nihil innovari appellatione interposita*, 49. 7.

de noter comment le système de l'addition se heurte parfois à des impossibilités matérielles : dans le cas notamment de condamnation à mort ou aux travaux forcés à perpétuité.

Nos anciens auteurs posent alors la règle : *Major ræna minorem absorbet*, mais ils la donnent comme une exception et il n'est pas impossible que les textes de Loiseau et de Loysel formulent une exception et non un principe.

Du reste, dès le xvi^e siècle et postérieurement au cours des xvii^e et xviii^e siècles, des exceptions pratiques furent apportées, dans tous les Etats de l'Europe, à la règle du cumul des peines. Pour n'en citer qu'un exemple célèbre en dehors de notre législation, la Caroline de Charles Quint de 1532 porte expressément : « Lorsque, dans un vol, il y aura plus d'une des circonstances aggravantes dont il a été traité au précédent article, la peine sera prononcée en raison de l'aggravation la plus forte ».

Législation intermédiaire. — L'atténuation à la règle de l'addition par voie d'exception se continue sous la législation intermédiaire et des dérogations sans cesse plus nombreuses sont apportées au principe du cumul des peines.

Toutefois, l'époque de la Constituante, de la Législative et de la Convention constitue une époque de transition. Ces assemblées ne posent aucun principe. Elles se contentent d'édicter dans certains cas particuliers le non cumul des peines.

Sous l'influence des criminalistes de la seconde moitié du xviii^e siècle et pour ne citer que les noms les plus illustres, sous l'influence de Montesquieu, Beccaria, Rousseau, le système pénal de notre ancien régime est tout entier remis en question ⁽¹⁾.

(1) Ces idées philosophiques se traduisirent dans les cahiers des Etats-Généraux. — Cf. A. Desjardins, *Les cahiers des Etats-Généraux de 1789 et la législation criminelle*. Paris, 1813.

Mais lorsqu'on procède à des réformes d'ensemble, l'on se préoccupe assez peu du détail et la question théorique du cumul a paru rester étrangère au législateur intermédiaire qui a procédé par voie fragmentaire et par solution d'espèces. Même en cette matière, la grande tendance de réaction contre la rigueur de l'ancienne pénalité se manifeste, et, par deux fois, dans la loi des 16-27 septembre 1791 et dans le Code des délits et des peines du 3 brumaire an IV, le législateur intermédiaire applique la règle du non cumul des peines.

La constituante n'introduisit pas le principe du non-cumul dans son code pénal du 25 septembre 1791. C'est dans la loi de procédure criminelle des 16-29 septembre 1791, et pour les seules poursuites portées devant le jury que nous retrouvons la trace de ce principe : « Si l'accusé, nous dit l'art. 38, 2^e partie, titre VII, est déclaré convaincu du fait porté dans l'accusation, il pourra encore être poursuivi à raison du nouveau fait ; mais s'il est déclaré convaincu du second délit, il n'en subira la peine qu'autant qu'elle serait plus forte que celle du premier, auquel cas il sera sursis à l'exécution du jugement ».

Ainsi, un accusé se trouve condamné à raison d'un premier délit, mais il en a commis un second à raison duquel il n'a pas été poursuivi ; de nouvelles poursuites sont possibles, il ne subira toutefois la peine encourue et prononcée à raison de cette seconde procédure qu'autant qu'elle sera plus forte que la peine précédemment prononcée. C'est le non-cumul des peines dans leur exécution, ce n'est pas l'interdiction faite au juge de prononcer à raison du fait le moins grave, la peine spéciale que la loi lui attache normalement. Le code du 3 brumaire an IV reproduisit cette règle de la loi de 1791 ; et dans son art. 446, il édictait : « Lorsque pendant les débats

qui ont précédé le jugement de condamnation l'accusé a été inculpé, soit par des pièces, soit par des dépositions de témoins, sur d'autres faits que ceux portés dans l'acte d'accusation, le tribunal criminel ordonne qu'il sera poursuivi à raison de ces nouveaux faits devant le directeur du jury du lieu où il tient ses séances, mais seulement dans le cas où ces nouveaux faits méritent une peine plus forte que les premiers. Dans ce cas le tribunal surseoit à l'exécution de la première peine jusqu'après le jugement sur les nouveaux faits ».

Toutefois, il est à remarquer que le code de brumaire fait un nouveau pas vers une application plus complète du principe du non-cumul. Le principe du non-cumul tend à devenir une règle non plus de l'exécution des peines, mais de leur application. La seconde infraction découverte au cours des débats ne sera poursuivie qu'autant que la peine qui lui est applicable sera plus forte que celle qui aura été prononcée à raison du premier délit.

SECTION II

DROIT ACTUEL

Bien que la réglementation définitive d'une pareille matière ait dû, semble-t-il, trouver normalement sa place dans le code pénal, le législateur de l'époque napoléonienne a suivi les errements de méthode des assemblées révolutionnaires et c'est dans le code d'instruction criminelle qu'il a posé la formule applicable à notre situation.

Il l'a fait dans les art. 365 al. 2 et 379 dont nous devons rapporter ici le texte.

Art. 365 al. 2 : « En cas de conviction de plusieurs crimes ou délits, la peine la plus forte sera seule prononcée ».

Art. 379 : « Lorsque pendant les débats qui auront précédé l'arrêt de condamnation, l'accusé aura été inculpé soit par des pièces, soit par des dépositions de témoins, sur d'autres crimes que ceux dont il est accusé, si ces crimes nouvellement manifestés méritent une peine plus grave que les premiers ou si l'accusé a des complices en état d'arrestation, la cour ordonnera qu'il soit poursuivi à raison de ces nouveaux faits suivant les formes prescrites par le présent code. Dans ces deux cas, le procureur général surseoira à l'exécution de l'arrêt qui a prononcé la première condamnation jusqu'à ce qu'il ait été statué sur le second procès ».

Nous aurons plus tard à examiner le sens précis de l'art. 379, qui statue sur une hypothèse particulière. Le texte fondamental est l'art. 363, dont la concision ne saurait donner lieu à aucune équivoque. C'est le système de l'absorption ou de l'aggravation judiciaire, encore appelé système du non-cumul des peines, qu'il introduit d'une façon formelle dans notre législation positive

On a cherché cependant à en restreindre la portée envisagée par rapport soit aux infractions, soit aux peines. Nous traiterons successivement de ces deux points.

I. Des infractions auxquelles s'applique le principe de non-cumul.

Si l'on considère la place occupée par l'art. 363 al. 2 dans le Code d'instruction criminelle, on s'aperçoit qu'il a été rédigé à l'occasion de poursuites simultanées de crimes ou délits cumulés devant la cour d'assises, et certains auteurs ont cru, à une époque déjà ancienne, pouvoir en inférer que la règle qu'il édicte ne saurait être étendue en dehors du cas spécial auquel ses termes semblent s'appliquer.

Cette doctrine a même eu autrefois la bonne fortune d'être

appuyée par la Cour de cassation, qui, après l'avoir abandonnée dans une série d'arrêts, a paru y revenir en 1842, pour l'abandonner, du reste, à nouveau et presque immédiatement.

L'arrêt du 7 juin 1842 est intervenu à l'occasion de conventions de police, mais il est conçu en termes qui ne permettent pas de douter que la cour ait eu alors l'intention d'affirmer le caractère exceptionnel de l'art. 365 et il a été rendu sur les réquisitions de M. le procureur général Dupin, formelles en ce sens ⁽¹⁾.

Personne ne soutient plus aujourd'hui cette opinion et la controverse qu'elle a suscitée peut paraître dénuée d'intérêt, mais l'autorité de M. Dupin était telle que nous ne croyons pas pouvoir nous dispenser d'examiner les arguments sur lesquels on se fonde généralement pour prendre parti contre lui.

Sans doute, l'art. 365 est écrit à l'occasion d'une hypothèse particulière, mais s'ensuit-il nécessairement qu'on doive lui donner une interprétation aussi restrictive que celle de M. Dupin? Le législateur a souvent posé occasionnellement, pour ainsi parler, des principes généraux sans qu'un plan très rationnel ait présidé à l'élaboration de ses codes. Son intention, au surplus, ne saurait être considérée comme douteuse après la déclaration formelle faite au corps législatif par l'orateur du gouvernement pour la défense du projet : « Le projet, dit-il, se décide formellement contre la cumulation des peines ; jusqu'ici les cours de justice criminelle se sont interdit cette cumulation plutôt d'après une jurisprudence que d'après un texte formel, mais en pareille matière tout doit être réglé par la loi ».

(1) Cass., 7 juin 1842, S., 42. 1. 498.

Comment ne pas penser, dès lors, que l'art. 365 al. 2, à l'occasion duquel ces paroles ont été prononcées, est le texte formel qui manquait à nos lois et qu'il fallait y introduire? Ce qu'il décide, c'est que le principe du non-cumul des peines s'appliquera désormais « aux crimes et aux délits », donc à tous les crimes et à tous les délits.

Il ne nous paraît donc pas expédient de rechercher dans la législation antérieure le principe contraire suivi depuis le droit romain. Poursuivant l'évolution dont dans notre historique nous avons noté les étapes, l'art. 365 a abrogé cette règle d'une rigueur jugée alors par tous excessive.

L'application du principe nouveau aux seuls crimes et délits déférés à la cour d'assises aboutirait du reste à des injustices choquantes, nous dirions presque à des iniquités.

C'est, en effet, à raison des délits correctionnels soumis à la juridiction normalement compétente pour en connaître qu'on déclarerait maintenu le système barbare du cumul et c'est aux criminels qu'on appliquerait un régime de faveur. Nous nous en voudrions de donner des exemples destinés à montrer que dans bien des hypothèses un tel système eût abouti à une sorte de proportionnalité à rebours et donné à un individu coupable d'un grand nombre de délits correctionnels, un intérêt manifeste à encourir une peine criminelle temporaire.

Au surplus et en raison pure, on ne comprend pas qu'un changement de juridiction pour des infractions de même nature soit susceptible d'influer sur la pénalité encourue. Comment concevoir, en effet, que le mineur de seize ans traduit en cour d'assises parce qu'il a des complices ait le droit d'invoquer le bénéfice de l'art. 365, alors que, poursuivi devant le Tribunal correctionnel, il ne saurait s'en prévaloir?

Une simple règle de procédure suffirait à modifier le fond du droit, c'est absolument inadmissible ⁽¹⁾.

Notre conclusion est donc très simple et très nette : L'art. 365 al. 2 pose un principe général, le principe du non-cumul des peines encourues à raison de plusieurs crimes et délits.

Mais nos lois pénales prévoient une troisième classe d'infractions, celle des contraventions de police, et nous devons nous demander si c'est le même principe qui doit leur être appliqué.

La Cour de cassation, dont la jurisprudence avait oscillé tout d'abord entre les deux opinions contraires, décidait, aux environs de 1842, qu'il n'y avait pas lieu de distinguer entre les trois classes d'infractions et donnait au mot « délits » de l'art. 365 le sens large dans lequel la doctrine et le langage vulgaire l'entendent souvent. Elle appliquait donc la règle de non-cumul aux contraventions de police.

A l'appui de son opinion plus générale, M. Dupin ne manquait pas de faire ressortir les déplorables effets de cette extension qui répugne autant aux principes rationnels qu'aux textes applicables à la matière.

Nous reconnaissons avec lui qu'il serait difficile de donner à la fraude une meilleure prime.

Une première contravention, observe-t-il, permettra à son auteur d'en accumuler toute une série avec la certitude de l'impunité. Et comme en général la répression des contraventions est très légère, comme aussi la contravention répugne fort peu à la conscience moyenne des hommes, la société sera exposée à une excessive multiplication de ce genre particulier d'infractions. Elle le sera d'autant plus que la justice

⁽¹⁾ Garraud, *Traité*, n. 213, p. 281; Chauveau et F. Hélie, I, p. 270; Bertauld, p. 327; Blanche, I, n. 302; Le Sellyer, n. 295.

n'est en ces matières armée que pour réprimer, nullement pour prévenir. — Il n'existe au cas de contraventions rien de comparable à l'arrestation préventive, sauvegarde sociale en matière de crimes et délits. — Ici, de par la loi elle-même, il faut laisser au contrevenant une liberté dont il aura souvent intérêt à abuser.

Ces raisons ne sauraient sans doute prévaloir contre un texte formel décidant que la règle du non-cumul des peines doit s'appliquer aux contraventions. Mais comme nous l'avons déjà fait remarquer, l'art. 365 ne vise que les crimes et les délits cumulés; il est muet sur les contraventions, qui doivent dès lors rester soumises au droit commun antérieur au code d'instruction criminelle, c'est-à-dire au principe du cumul.

La Cour de cassation s'est définitivement fixée dans ce sens en 1842, et la doctrine n'est plus divisée à cet égard. Nous n'insisterons pas davantage.

Remarque. — Si le principe du non-cumul constitue le droit commun en matière de crimes et de délits, et le principe du cumul le droit commun en matière de contraventions, y a-t-il lieu d'appliquer l'art. 365 à cette infraction hybride qu'est le délit contraventionnel? On sait que certains auteurs entendent par là une infraction prévue par une loi spéciale et punie de peines correctionnelles en l'absence de toute intention délictueuse.

La solution de cette question dépend de l'élément qui paraît devoir être pris comme critère de la distinction des infractions. Or, à ce point de vue, il n'y a pas de doute, notre code pénal s'appuie, pour classer les infractions, sur les peines qui leur sont applicables. Par conséquent, en dehors de tout autre élément légal d'appréciation, le délit-contravention doit être traité comme délit. La jurisprudence, après avoir longtemps hésité, se prononce aujourd'hui dans ce sens : La doc-

trine va même plus loin ; elle nie l'existence du délit conventionnel et l'assimile complètement au délit ordinaire ⁽¹⁾.

Le principe du non-cumul constituant le droit commun en matière pénale doit-il s'appliquer dans toutes les hypothèses au cas de silence de la loi et notamment des lois spéciales ? Il nous le semble. Cette opinion est loin d'être généralement admise. Les auteurs et la jurisprudence distinguent suivant qu'il s'agit d'une loi antérieure ou d'une loi postérieure au code pénal (il nous paraîtrait plus exact de dire antérieure ou postérieure au code d'instruction criminelle, mais passons), et ils raisonnent de la façon suivante : Pour les infractions prévues par des lois postérieures au code pénal, pas de doute, le code pénal et le code d'instruction criminelle instituent le droit commun en matière de concours d'infractions. Dans le silence de la loi, c'est le droit commun que l'on doit appliquer ⁽²⁾.

La jurisprudence est très ferme en ce sens. Ainsi elle juge que l'ivresse manifeste prévue et punie par la loi du 23 janvier 1873 n'emporte pas, au cas de concours, le cumul des peines (Cass., 24 avril 1885, S., 87. 1. 331); *a fortiori* n'admet-elle pas le cumul de deux infractions prévues, non toutes deux par des lois spéciales, mais l'une par le code pénal, l'autre par une loi spéciale. La peine du délit d'homicide par imprudence, notamment, ne peut être cumulée avec les amendes encourues à raison d'infractions à la police du roulage (Cass., 24 nov. 1866, B. cr., n. 263, cité par Garraud).

La question devient plus délicate si l'on envisage le cas de délits prévus par des lois antérieures au code d'instruction criminelle, et pour lesquels on ne saurait dire, d'après ces

⁽¹⁾ V. sur cette question de Forcrand, *Journ. dr. cr.*, 1900, p. 142, art. 484.

⁽²⁾ Garraud, Molènes, Vidal, Faustin-Hélie, Riboulet, thèse, p. 45 et s.

auteurs, que l'art. 365 constitue le droit commun applicable dans leur silence.

Aux époques où triomphait la thèse du caractère exceptionnel de l'art. 365, la solution du problème était toute simple. Le principe du cumul des peines, constituant une règle traditionnelle, consacrée par l'ancien droit et par le droit intermédiaire, c'est ce principe qui devait s'appliquer dans le silence de la loi, mais la reconnaissance de la théorie suivant laquelle l'art. 365 pose le droit commun en matière pénale embrouille les choses. Car si le principe du non-cumul constitue notre droit commun à dater de la promulgation du code d'instruction criminelle, il n'en était pas de même antérieurement.

Que décider dès lors, dans le silence des textes, au cas de concours de deux ou plusieurs infractions prévues par des lois spéciales antérieures au code pénal, ou au cas de concours de deux ou plusieurs infractions prévues et punies, l'une par une loi spéciale antérieure au code pénal, l'autre par le code pénal, ou encore l'une par une loi spéciale antérieure, l'autre par une loi spéciale postérieure au code pénal? Nous voyons à quelles complications, distinctions et sous-distinctions nous serons conduit.

a) *Concours d'infractions punies par des lois spéciales antérieures au code pénal.* — Nous avons eu l'occasion de remarquer, dans notre étude sur l'évolution historique de notre législation relative au cumul, qu'il était pour ainsi dire incontestable que jusqu'au code d'instruction criminelle le principe du cumul est resté le droit commun : les exceptions rares et timides qui y sont apportées en sont une preuve presque absolue. Admettrait-on que l'art. 365 constitue notre droit commun, il reste douteux qu'il soit applicable aux infractions antérieures à notre code pénal.

L'art. 484 C. civ. dispose, en effet, que « pour toutes les matières qui n'ont pas été réglées par le présent code et qui sont régies par des lois et règlements particuliers, les cours et tribunaux continueront de les observer ».

L'art. 484, dit-on, est très net et la publication des deux codes en 1808 et 1810 n'a apporté aucune modification à la répression des délits punis par des lois spéciales. Elle n'a apporté ni à l'esprit ni à la lettre de notre ancien droit aucune modification. Or, le principe du cumul étant, de l'avis quasi-unanime, le droit commun de notre législation antérieure à ces deux codes, il devra continuer d'être appliqué aux délits frappés par cette législation.

C'est là la solution encore admise par la jurisprudence et par certains auteurs ⁽¹⁾. Elle est loin d'être partagée par l'unanimité de la doctrine ⁽²⁾.

Le plus généralement on estime que le principe du non-cumul régit les infractions prévues par les lois antérieures au code pénal. On argumente en ce sens de la généralité des termes

⁽¹⁾ Certains auteurs (Garraud, *Traité*, t. II, p. 286, note 14), ont cru apercevoir dans un arrêt de la Cour de cassation du 28 janvier 1876 une évolution de la jurisprudence dans le sens contraire. Décision isolée, cet arrêt ne suffit pas à lui seul à permettre de conclure à un revirement. Et au surplus des arrêts postérieurs en date (27 avril 1887, D. P., 87. 1. 507; 28 mai 1891, D. P., 92. 1. 196, ont pleinement confirmé la jurisprudence antérieure et suivi sur ce point la tradition.

L'erreur de ces auteurs est du reste assez explicable, car il semblait bien que la Cour de cassation se rangeait à l'opinion de ces auteurs qui étendent le principe du non-cumul aux infractions prévues par des lois antérieures du Code pénal.

« La loi de 1816 et la loi d'organisation des 6-21 avril 1791 ne repoussent ni expressément par une déclaration formelle, ni implicitement par la nature de leurs dispositions, le principe du non-cumul des peines criminelles et correctionnelles admis en partie dans les lois des 16-20 sept. 1791 ou dans le code du 3 brumaire an IV, et établi par l'art. 365 C. inst. crim. ».

Mangin, *Traité de l'act. publiq.*, II, 462; Le Sellyer, *Crim. et pén.*, I, 271; Bertauld, *Cours de droit pénal*, p. 338; Trébutien, *Cours*, I, n. 338.

⁽²⁾ Garraud, *Traité*, II, 284; Normand, *Traité élément.*, n. 430; Villey, *Précis*, p. 135; Ortolan, I, n. 1173.

de l'art. 365 qui ne distingue pas ; on fait observer que placé dans le code d'instruction criminelle de 1808, il statuait sur les lois pénales alors en vigueur. Or, ces lois sont précisément les lois antérieures au code pénal. Et l'on s'étonne de voir soutenir que le code d'instruction criminelle a eu en vue de limiter l'effet de ses dispositions aux infractions à venir prévues par un code pénal qui ne sera promulgué qu'en 1810.

De 1808 à 1810, l'article 365 aurait dû rester inappliqué, inapplicable, la promulgation du code qui le renferme n'aurait eu aucun effet par rapport à lui. C'est inadmissible.

On s'explique tout aussi difficilement que pour limiter l'application de l'article 365 on ait recours aux dispositions d'un code où il ne trouve pas son siège. Et dans le code d'instruction criminelle, il n'est aucun article comparable à l'article final du code pénal. L'article 484, au surplus, nous parle de « matières non réglées par le présent code ». Ce code reste donc étranger aux questions régies par le code d'instruction criminelle. Enfin, ce serait faire rétroagir le code pénal dans un sens défavorable à l'accusé que de voir dans l'article 484 une consécration indirecte du principe du cumul des peines.

Pour toutes ces raisons, dont quelques-unes nous paraissent absolument décisives, la majorité des auteurs enseigne que le principe du non-cumul est applicable aux infractions prévues et punies par les lois antérieures soit au code pénal, soit au code d'instruction criminelle.

b) *Concours d'infractions prévues, l'une par le code pénal, l'autre par une loi antérieure.* — L'art. 365 doit-il s'appliquer ? Pour ceux qui, comme nous, croient que l'art. 365 régit même les infractions prévues par les lois antérieures au code pénal, la solution ne saurait faire difficulté et c'est le cas de dire que la question ne se pose même pas. Mais que

décider si l'on admet que le principe du cumul continue à régir la législation créée par les lois antérieures à 1808 et 1810? Il s'agit, bien entendu, des cas où la loi n'a pas fait elle-même une application expresse de l'un ou de l'autre principe et dans le même sens.

C'est le conflit de deux droits communs antinomiques et également applicables qu'il faut résoudre. La jurisprudence, dans cette hypothèse, est très ferme et elle applique l'art. 365. Elle n'indique guère la base juridique de ses décisions et ses motifs sont un peu les motifs de son bon plaisir. « Attendu que le principe du non-cumul des peines posé dans cet article (art. 365) est général et s'applique à toutes les infractions punies de peines criminelles ou correctionnelles qui n'ont pas été explicitement ou implicitement exceptées par la loi » ⁽¹⁾.

Mais si le principe du non-cumul constitue notre droit commun pour les lois postérieures au code d'instruction criminelle, nous venons de voir qu'il n'en est pas de même, d'après une jurisprudence constante, pour les lois antérieures. Il y a donc bien conflit entre deux principes généraux, constituant chacun le droit commun auquel se rattachent les lois promulguées avant ou après 1808, et l'on ne peut parler d'exception là où il s'agit de règle. En réalité, la jurisprudence est amenée par la logique des choses et la force des faits à faire véritablement la loi.

Et en attendant de reconnaître le principe du non-cumul comme le principe général applicable à toutes les infractions quelle que soit la date de la loi qui les réprime, ce qui supprimerait toute difficulté, elle donne le pas au principe nouveau sur l'ancien quand ils entrent en conflit.

(1) Cass., 22 avril 1887, D., 87. 1. 507. — Cpr. Cass., 28 mai 1891, D., 92. 1. 196.

c) Les auteurs donnent la même solution dans le cas de concours d'un délit prévu par une loi antérieure au code pénal et d'un second délit prévu par une loi postérieure. Remarquons, en effet, que l'hypothèse est la même, car pour ce qui est du délit prévu par une loi postérieure au code d'instruction criminelle et au code pénal, c'est l'art. 365 qui est applicable. Il n'y a ni doute ni controverse possible. Il s'agit donc ici encore d'un conflit entre le droit commun moderne et la législation ancienne.

Cependant certaines difficultés se sont élevées en matière de *douanes*. Certaines infractions sont prévues par la législation intermédiaire, les autres par la loi du 28 avril 1816. Au cas de concours de ces deux sortes d'infractions, quel principe appliquer ?

Pendant la majeure partie du XIX^e siècle et jusqu'en 1876, la Cour de cassation s'est montrée hésitante; mais par un arrêt du 28 janvier 1876 ⁽¹⁾, elle s'est fixée dans le sens de l'application du non-cumul pour l'emprisonnement et la surveillance de la haute police. Elle s'est fixée dans ce sens malgré les conclusions du ministère public représenté par M. Desjardins. En sens contraire, on invoque essentiellement deux arguments : 1^o le caractère exceptionnel de la législation douanière; 2^o l'art. 484 du code pénal. Dans sa rédaction primitive, l'art. 484 prescrivait aux tribunaux « de continuer à observer et à faire exécuter les dispositions des lois et des règlements relatifs aux contributions indirectes, droits réunis ou douanes... », et cette partie du texte fut supprimée uniquement en vue d'éviter une énumération qui risquait d'être incomplète.

(¹) D. P., 76. 1. 329. La Cour de cassation, dans cet arrêt, continue à appliquer le cumul à des amendes en raison du caractère prépondérant de réparation civile qu'elle leur attribue.

Mais l'intention du législateur n'est pas douteuse.

Que penser de cette argumentation ? En réalité l'argument tiré de l'art. 484 n'a pas plus de valeur ici qu'au cas d'infraction prévue par une loi antérieure au code pénal ; et dans le silence de la loi, c'est le droit commun qui doit être appliqué. La législation douanière serait elle exceptionnelle, elle ne saurait déroger aux principes généraux que par une disposition expresse, et ce n'est pas ici le cas ; le projet de l'art. 484 n'est jamais devenu une loi.

d) *Concours d'infractions prévues par le code pénal ou une loi admettant le non-cumul avec une infraction prévue par une loi ou un article du code pénal prescrivant le cumul.* — Cette hypothèse est beaucoup plus délicate. Il s'agit, bien entendu, du cas où la loi ne la prévoit pas elle-même. L'art. 17 de la loi du 3 mai 1844, sur la police de la chasse, dispose expressément : « En cas de conviction de plusieurs délits prévus par la présente loi, par le code pénal ordinaire ou par les lois spéciales, la peine la plus forte sera seule prononcée. Les peines encourues pour des faits postérieurs à la déclaration du procès-verbal de contravention pourront être cumulées s'il y a lieu sans préjudice des peines de la récidive ».

Ici point de doute, on appliquera le principe du non cumul. En sens inverse, c'est le principe du cumul qu'on appliquera dans l'hypothèse prévue par l'art. 207 du Code forestier. « Les peines que la présente loi prononce dans certains cas spéciaux contre des fonctionnaires ou contre des agents et préposés de l'administration forestière, sont indépendantes des poursuites et peines dont ces fonctionnaires, agents ou préposés seraient passibles d'ailleurs pour malversation, concussion ou abus de pouvoir... »

Mais quelle règle appliquer dans le silence de la loi ? M. Garraud, le seul auteur, à notre connaissance, qui envisage

la question, la résout de la façon suivante : « Dans le doute, il est préférable de maintenir le non-cumul comme le principe auquel il faut se rattacher et de l'appliquer toutes les fois que la répression édictée par la loi spéciale a un caractère bien établi de pénalité. Il ne faut pas oublier que l'absorption est la règle de droit commun » ⁽¹⁾. Le principe du non-cumul l'emporte à raison de son caractère de droit commun.

Ainsi sommes-nous arrivé au terme de cette laborieuse étude sur l'application de l'art. 365 du C. inst. crim. Il nous semble que la doctrine et la jurisprudence ont comme à plaisir compliqué le problème. Les principes généraux de notre droit pénal permettent de lui donner une solution beaucoup plus simple. Car quel qu'ait été le principe de notre législation intermédiaire, que ce principe ait été celui du cumul ou du non-cumul, dans les deux cas, c'est le principe du non-cumul qui doit être appliqué. De même, en s'en tenant aux principes généraux, on évitait toute controverse basée sur l'art. 484 C. pén.

L'art. 365 renferme, en effet, le droit commun applicable en matière de concours d'infractions et applicable dans tous les cas : s'il s'agit d'une loi antérieure au code d'instruction criminelle, il est applicable en vertu du principe de la rétroactivité de toutes les lois pénales comportant un adoucissement de la répression. Il est applicable en vertu du principe d'interprétation restrictive des exceptions, au cas où le délit est prévu par une loi postérieure au code pénal. Dès lors, peu importe que les délits poursuivis soient prévus par une loi spéciale antérieure au code d'instruction criminelle ou postérieure, que les délits en concours soient prévus les uns par le code pénal, les autres par une loi spéciale antérieure

(1) Garraud, *Traité*, n, 173, p. 214 et 215; Lebrun, thèse, p. 113 et 114.

ou postérieure au code d'instruction criminelle; peu importe qu'il s'agisse du concours d'un délit prévu par le code pénal et d'un délit à raison duquel la loi consacre expressément le principe du cumul.

Dans tous les cas, c'est l'art. 365 qui doit être appliqué.

Ainsi donc le principe du non-cumul et l'art. 365 constituent notre droit commun et doivent trouver leur application dans tous les cas où la loi ne les a pas formellement écartés. Mais cette formule même laisse pressentir qu'il est des cas où la loi y a dérogé.

Aussi nous trouvons-nous amené à étudier les exceptions apportées au principe du non-cumul soit par le code pénal, soit par des lois spéciales.

EXCEPTIONS. — A. *Exceptions apportées par le code pénal.*

— On peut les diviser en deux catégories : celles où le code pénal applique le système de l'aggravation légale, forme moins adoucie du non-cumul des peines; celles où il revient purement et simplement à l'ancien principe du cumul.

a) Les art. 279 et 304 du code pénal nous offrent des exemples intéressants de la première catégorie.

L'art. 279 prévoit le concours du délit de violence avec celui de mendicité ou de vagabondage commis dans les circonstances spéciales de l'art. 277. Il prononce dans ce cas la peine de la réclusion, substituant ainsi une peine criminelle à la peine correctionnelle de l'emprisonnement encourue pour l'un et l'autre des délits dont il sanctionne le cumul.

Dans l'art. 304, le législateur envisage trois hypothèses : 1^o celle d'un meurtre accompagné ou suivi d'un autre crime, c'est-à-dire celle du concours du crime de meurtre avec un autre crime; 2^o celle d'un meurtre préparant, facilitant ou consommant un délit; 3^o celle d'un meurtre ayant pour but

de favoriser la fuite ou d'assurer l'impunité des auteurs ou complices de ce délit ⁽¹⁾.

L'article décide que la peine encourue sera la peine de mort, alors que le maximum ordinaire de la peine applicable au meurtre consiste dans les travaux forcés à perpétuité. Les deux premières de ces hypothèses intéressent seules la matière du cumul d'infractions, aucun texte ne réprimant en lui-même le fait de favoriser la fuite ou d'assurer l'impunité d'un coupable.

Ces exceptions se justifient-elles ?

Au sujet de l'art. 279, dont ils approuvent la doctrine, MM. Chauveau et Hélie nous disent : « Le but de la loi a été de protéger les citoyens contre les déprédations de ces hommes isolés dont la vie errante favorise les entreprises. L'acte de violence acquiert une plus haute gravité de cette existence nomade, parce qu'on peut croire qu'il en est le but et qu'il révèle une perversité plus habituelle ».

Cette conception du vagabond, peut-être vraie à l'époque où le code pénal a été rédigé, a bien perdu aujourd'hui de sa généralité. Le vagabond n'est très souvent qu'un chômeur involontaire, et M. Benzacar définissait récemment très bien le chômeur involontaire : « L'individu qui est apte à travailler normalement, qui veut résolument travailler et qui ne trouve pas provisoirement l'usage productif de son activité ».

Nous ne saurions donc approuver sans réserves la rigueur exceptionnelle de notre code à l'égard de ce paria qui ne

(1) Le code de 1791 contenait une disposition analogue à celle de l'art. 304, mais il ne prévoyait que le concours du meurtre et d'un autre crime. Le code de 1810 avait étendu l'aggravation au cas de concours de meurtre et de délits. Dans sa rédaction actuelle, l'art. 304 date de 1832. Le délit ne devient circonstance aggravante que tout autant que le meurtre lui est antérieur ou qu'il est commis dans les circonstances précisées par l'art. *in fine*.

demanderait le plus souvent qu'à mener une existence plus paisible et moins suspecte.

Les dispositions de l'art. 304 sont à notre avis beaucoup plus facilement défendables. Pour nous, qui admettons le système d'aggravation légale comme rationnellement le meilleur, elles mériteraient même d'être étendues.

L'art. 304 est, remarquons le en passant, l'illustration la plus nette de cette idée que le système de l'aggravation légale, en apparence plus doux, peut conduire à une répression plus efficace que celui de l'addition. Supposons, en effet, la peine des travaux forcés à perpétuité prononcée contre le meurtrier en même temps qu'une peine correctionnelle. Sous l'empire de la règle du cumul, on se heurtera à une impossibilité matérielle d'exécution simultanée ou successive, et la peine la plus forte ne sera pas en fait aggravée.

C'est seulement à titre d'exemples que nous avons indiqué avec quelques détails ces cas où le code pénal applique le système de l'aggravation légale au lieu de celui du non-cumul. Nous nous contenterons de citer dans le même sens, mais sans développement, les cas de :

1° Séquestration arbitraire n'excédant pas un mois, accompagnée de menaces de mort (art. 341, 342, 305, 307 et 344, n° 2 C. P.) ;

2° Séquestration arbitraire accompagnée de tortures corporelles (art. 341, 342, 309, 344 *in fine*) ;

3° Vol avec bris de scellés (art. 401, 252, 384) ;

4° Vols ou pillages commis avec emploi de tortures ou actes de barbarie (401, 381 et suiv., 440 à 442, 96, 309, 310, 311, 303 et 302).

Le code pénal a parfois fait un pas de plus et appliqué le système radical de l'addition des peines, notamment dans ses art. 220, 236 et 245.

Il est toutefois nécessaire de bien préciser dans quelle mesure ces articles dérogent au principe du non-cumul, car les hypothèses qu'ils prévoient sont en général complexes.

L'art. 220, notamment, prévoit le cas de délit de rébellion commis par des prisonniers, prévenus, accusés ou condamnés.

Il va de soi que le cas où le délit de rébellion est commis par un condamné ne nous intéresse pas, car il cesse d'y avoir concours d'infractions du jour où une infraction a fait l'objet d'une condamnation irrévocable. Il va de soi encore que l'acquittement prononcé à raison du délit qui a motivé la détention préventive, au cours de laquelle la rébellion a été commise, doit rester en dehors de notre étude.

C'est seulement quand le détenu est condamné, et à raison du délit qui motivait sa détention préventive et à raison de la rébellion commise au cours de cette détention, que la règle du non-cumul des peines est violée par le texte de l'art. 220.

Le législateur décide, en effet, que la peine prononcée pour la rébellion sera subie, au cas où la peine de l'autre infraction ne sera ni capitale, ni perpétuelle, immédiatement après l'expiration de cette autre peine ⁽¹⁾.

L'art. 245 C. pén. prévoit une hypothèse voisine de celle envisagée par l'art. 220. C'est pourquoi nous l'étudierons avant l'art. 236 qui le précède dans l'ordre du code.

Il prévoit le cas d'évasion ou de tentative d'évasion par bris de prison ou par violence commise par un condamné, prévenu ou accusé. Nous retiendrons le seul cas du prévenu ou accusé, reconnu dans la suite coupable de l'acte qui avait motivé son arrestation, et ce pour les mêmes raisons

⁽¹⁾ V. Garçon, *Code pénal annoté*, 1^{er} fasc., art. 1 à 265. Paris, Larôse, 1901. L'exception à la règle de l'art. 365 vise exclusivement le cumul de l'évasion ou de la rébellion avec le crime qui a entraîné la détention préventive. Il ne faudrait pas l'étendre au cumul d'autres crimes ou délits commis, soit avant soit après l'arrestation.

que dans l'hypothèse de l'art. 220. La loi ordonne le cumul des peines et dans les mêmes conditions.

Les dérogations apportées par l'un et l'autre de ces articles au principe du non-cumul sont généralement présentées comme très raisonnables. Laisser le droit commun s'appliquer à ces délits spéciaux, nous dit-on, ce serait donner aux détenus préventifs un véritable intérêt à les commettre, toutes les fois au moins que la peine de leur première infraction sera supérieure à celle de la rébellion ou de l'évasion.

Il y a du vrai dans cet argument, mais avec le droit commun ces délits seront pris en considération par le juge pour la fixation de la peine plus forte du délit avec lequel ils sont cumulés et toutes les fois que le prisonnier n'aura pas encouru le maximum de la peine du premier délit, on ne pourra pas dire que l'impunité lui est assurée.

Convenons, au reste, qu'il serait choquant qu'un délit commis dans des circonstances assez graves pour entraîner l'application du maximum, constituât une immunité au profit du coupable pour la rébellion et l'évasion. Mais quand un coupable sera-t-il certain d'avoir encouru ce maximum?

L'exception formulée par le législateur dans l'art. 236 nous paraît mieux justifiée. Il s'agit d'un témoin ou d'un juré qui allègue une excuse reconnue fausse pour se soustraire à l'obligation de déposer ou de siéger. L'art. 236 ordonne alors de cumuler les amendes prononcées pour la non comparution avec un emprisonnement de six jours à deux mois. L'intérêt d'une bonne justice a paru commander ici une sévérité particulière de la part du législateur. Il est, au reste, permis de considérer l'art. 236 comme définissant une circonstance aggravante de la non-comparution, à raison de laquelle il fortifie la peine ordinaire de l'amende par l'adjonction de la prison.

B. *Exceptions à la règle du non-cumul contenues dans des lois spéciales.* — Nous rencontrons une première exception dans la loi du 3 septembre 1807 modifiée par une loi du 7 avril 1900 et dans la loi du 19 décembre 1850 modifiée par celle du 19 janvier 1886 sur l'intérêt de l'argent et l'usure. La loi a fixé un taux légal d'intérêt que l'on ne peut dépasser sans commettre un délit : le délit d'usure.

La sanction consiste dans un emprisonnement de six jours à six mois et une amende qui ne peut dépasser le chiffre de la moitié des capitaux prêtés à usure (art. 2 loi de 1850).

Dans le cas où le délit d'usure se complique du délit d'escroquerie, le coupable sera passible de peines prononcées par l'art. 405 C. pén., sauf l'amende qui demeurera réglée par l'art. 2 (art. 4).

Le législateur a pensé que l'usurier, plus soucieux de ses biens que de sa liberté, compliquerait le plus souvent, pour ne pas dire toujours, le délit d'usure du délit plus grave d'escroquerie pour éviter d'être atteint dans sa fortune par l'amende et ne l'être que dans sa personne par l'emprisonnement.

C'est là une explication de l'art. 4. M. Garraud la formule en ces termes : « L'usurier, en général plus sensible à la peine pécuniaire qu'à l'emprisonnement, aurait compliqué d'escroquerie son délit d'usure, ne serait-ce que pour éviter l'amende par l'absorption avec l'emprisonnement » (1).

M. Garraud semble donc dire que le délit d'escroquerie eût garanti l'usurier de toute amende. En réalité, il n'en est rien, car le délit d'escroquerie prévu et réprimé par l'art. 405 C. pén. comporte une peine d'un an au moins et de cinq ans au plus d'emprisonnement et une amende de 50 francs au

(1) La peine encourue est la même, soit en vertu de l'ancien art. 405, soit en vertu du nouvel art. 405. Loi du 3 mai 1863.

moins et de 3.000 francs au plus. L'usurier, au cas de délit cumulé d'usure et d'escroquerie, eût donc, même par application du droit commun, encouru et une amende et de la prison.

La disposition des lois de 1807 et de 1850 ne devient intéressante et ne constitue une véritable aggravation de la répression que dans le cas où la somme prêtée à usure dépasse 6.000 francs et où l'amende maxima égale à la moitié du capital prêté dépasse 3.000 francs.

Quoi qu'il en soit, il s'agit là d'une disposition exceptionnelle soumise aux règles de l'interprétation restrictive, et s'il se joignait à un délit d'usure, un délit, non plus d'escroquerie, mais de vol ou d'abus de confiance, le droit commun reprendrait son empire. Nous ne saisissons pas, dès lors, l'intérêt qu'il y avait pour le législateur à distinguer le cumul des délits d'usure et d'escroquerie du cumul, très voisin dans ses éléments, des délits d'usure et d'abus de confiance ou d'usure et d'abus des besoins du mineur ⁽¹⁾.

La loi du 22 mars 1841 sur le travail des enfants dans les manufactures et celle du 19 mai 1874, aujourd'hui

(1) La cour de cassation a, dans plusieurs arrêts d'une date déjà ancienne, décidé l'extension de l'art. 4 au cas de cumul des délits d'usure et d'abus de confiance ou d'usure et d'abus des besoins d'un mineur. Cass., 13 mai 1840, S., 41. 1. 96; 20 nov. 1841, S., 42. 1. 84; 14 mai 1880, S., 82. 1. 329. — Le motif invoqué par la jurisprudence est ainsi résumé dans le sommaire de ce dernier arrêt : « Le délit d'habitude d'usure est un délit *sui generis* auquel la loi applique une pénalité spéciale, en rapport avec la nature de l'infraction qu'elle a voulu réprimer. En conséquence, l'amende édictée par les lois de 1807 et de 1850 doit toujours être prononcée et ne se confond pas avec les peines qui s'appliquent à d'autres infractions. Le principe du non-cumul des peines, édicté par l'art. 365 C. civ., n'est pas applicable ».

Cette théorie, dont le caractère dangereux n'a pas besoin d'être souligné, a été encore indiquée dans un arrêt (*Pand. fr.*, 1887. 1. 63) qui a seulement déclaré que la peine d'amende applicable à l'usure ne pouvait pas être cumulée avec une autre peine d'amende.

abrogées, apportaient elles aussi une exception à la règle du non-cumul et admettaient un système assez ingénieux qu'on peut appeler le cumul avec maximum. Elles disposaient, en effet, que le patron contrevenant après une première condamnation serait traduit devant les tribunaux correctionnels et puni d'autant d'amendes qu'il aurait commis d'infractions sans que le juge pût dépasser un total de 500 francs.

La loi du 2 novembre 1892, qui règle aujourd'hui la question, applique purement et simplement le système du cumul (art. 27).

Celle du 12 juin 1893 sur l'hygiène dans les établissements industriels (art. 7 et 9) revient au système du cumul limité par l'indication d'un maximum.

Nous devons encore indiquer une série de lois s'appliquant toutes à des matières spéciales et qui ont introduit dans notre système pénal un principe nouveau, celui du concours d'infractions après premières poursuites.

Voici en deux mots de quoi il s'agit : Une poursuite a été engagée à raison d'une ou de plusieurs des infractions prévues par ces lois. Le principe général reçoit son application, mais si malgré l'avertissement qui en résulte pour le délinquant celui-ci commet plusieurs délits nouveaux, la loi lui enlève le bénéfice de l'art. 365, les peines de ces infractions nouvelles sont cumulées.

Ce principe, éminemment conforme aux idées rationnelles qui dominent la matière du cumul, mériterait à notre sens d'être étendu. Il est consacré notamment par les lois du 3 mai 1844 (art. 17), pour les délits de chasse ; du 15 juillet 1845 (art. 27), pour les infractions à la police des chemins de fer ; du 30 mai 1851 (art. 10 et 12), pour les infractions à la police du roulage et des messageries publiques ; enfin par la loi du 15 mars 1849 (art. 118) et le décret du 2 février 1852

(art. 49), pour les infractions relatives à la loi organique électorale.

Le grand nombre des textes qui apportent expressément une dérogation au principe du non-cumul des peines est une raison de plus, pour les auteurs et la jurisprudence univoques aujourd'hui, de voir dans l'article 363 C. inst. crim. l'expression du droit commun. Nous redirons donc, pour terminer cette partie de notre étude, qu'il est applicable en toute matière criminelle et correctionnelle, dans tous les cas d'obscurité ou de silence de la loi, que cette loi soit le code pénal, qu'elle soit antérieure ou postérieure aux monuments de 1808 et de 1810. Le doute bénéficie à l'accusé, la loi pénale rétroagit quand elle emporte un adoucissement de la répression; les exceptions, dans la mesure où il en existe et nous avons passé en revue les plus marquantes, sont d'interprétation rigoureusement stricte et de droit très étroit.

§ II. *Peines auxquelles s'applique la règle du non cumul.*

La première question que nous avons à résoudre, celle des infractions auxquelles s'applique le principe du non cumul, trouvait pour sa solution une base solide dans le texte même de l'art. 363.

Il nous parle de crimes et de délits mais il est muet en ce qui concerne les peines que le juge doit s'interdire de cumuler. Le silence du texte a fait naître certaines difficultés, suscité des controverses. Il est cependant des points sur lesquels on est généralement d'accord et que, pour ce motif, nous préciserons en premier lieu.

Le code pénal définissant les crimes, les délits et les contraventions et les distinguant d'après les peines qui leur sont applicables, il en résulte que, seules, les peines criminelles

et correctionnelles, c'est-à-dire les peines encourues à raison de crimes ou de délits, ne devront pas être cumulées, car la loi n'a posé le principe du non cumul que pour les crimes et les délits. Les peines de simple police sont exclues du nombre des peines dont le cumul est interdit. On décide même qu'elles doivent être cumulées, non seulement entre elles, mais avec les peines des crimes ou délits correctionnels commis dans la même période juridique.

Il résulte cependant de l'art. unique de la loi du 31 juillet 1901, que l'art. 363 est applicable aux délits et contraventions commis en matière de pêche maritime et de navigation. On ne saurait donc cumuler la peine d'une contravention prévue par les décrets-lois des 9 janvier 1852, 19 et 20 mars 1852 avec celle d'un délit. Si en thèse les peines criminelles et correctionnelles sont seules soumises au principe du non-cumul, on peut encore se demander si elles y sont toutes soumises. D'assez graves difficultés se sont élevées au sujet des peines pécuniaires, complémentaires et accessoires et, d'après la jurisprudence, au sujet de peines spéciales créées spécialement par une loi en vue de la répression d'un délit déterminé, dans le but d'adapter la pénalité à la nature du fait punissable plutôt qu'à la correction personnelle du délinquant (Garraud, p. 278, note 3).

En ce qui touche les *peines pécuniaires*, c'est-à-dire l'amende, on comprend mal que des difficultés se soient élevées, car l'amende est, à n'en pas douter et d'après des textes très clairs, une peine correctionnelle. Les art. 9, 11, 464 C. pén. le disent expressément — on l'a cependant contesté; — sans doute, l'amende serait la sanction de véritables délits; mais elle ne serait pas une véritable peine. N'étant pas une peine, le principe du non-cumul des peines lui serait étranger.

L'amende présente, en effet, le caractère d'une réparation pécuniaire beaucoup plutôt que celui d'une peine ⁽¹⁾. Sans doute, nous convenons même que l'amende ne présente pas le caractère éducatif que doit avoir toute peine digne de ce nom, mais les textes sont formels et l'on ne voit pas, au surplus, de bonnes raisons d'y apporter une exception ou d'essayer de les tourner, pour décréter le cumul de peines véritablement correctionnelles comme les amendes.

Cependant, si l'on ne voit pas de bonnes raisons de cette exception pour la généralité des cas, il n'en est pas de même pour les amendes prononcées en matière fiscale, car la conscience se plie assez facilement à la fraude du fisc. Dans un pays à fiscalité indirecte très développée et par suite très exposé à pâtir de la fraude, le principe du non-cumul eût présenté un véritable danger. Il se fût incontestablement transformé en une prime à la fraude répétée. Il s'y fût prêté d'autant mieux que la société est désarmée vis-à-vis du fraudeur qu'elle laisse généralement en liberté. Pour toutes ces raisons, la jurisprudence a été amenée à suivre, dans ces hypothèses particulières, le système juridique dont certains auteurs ont réclamé une application générale et absolue. Sans aller jusqu'à dire que l'amende prononcée en matière fiscale n'est pas une peine, elle lui attribue un caractère prépondérant de réparation civile ⁽²⁾. Et il doit y avoir autant de préjudices réparés que de préjudices causés. Le fisc a donc droit d'obtenir autant de condamnations qu'il y a de délits lui causant préjudice ⁽³⁾.

(1) Le Graverend, *Traité de la législation criminelle en France*, II, ch. X.

(2) Cass., 22 déc. 1876, S., 77. 1. 234; 28 janv. 1876, S., 76. 1. 89 et la note de M. Villey, mars 1900, S., 03. 1. 59 et la note 2.

Le critérium admis par la jurisprudence pour la détermination du caractère fiscal de l'amende est la possibilité de transiger donnée par la loi à l'administration lésée.

(3) La Cour de cassation étend cette solution aux amendes prononcées en

Cette jurisprudence nous paraît extrêmement critiquable au point de vue des principes qui régissent l'application des textes pénaux, car on ne voit pas comment une amende, qualifiée peine par toute une série de textes et prononcée par une juridiction correctionnelle, peut bien perdre son caractère de peine, à raison de la seule nature du fait poursuivi. Si la jurisprudence s'autorise à examiner la nature du fait poursuivi pour qualifier de telle ou telle façon la sanction de ce fait, la garantie légale à laquelle ce prévenu a droit cesse par là même.

Nous ne ferons au reste aucune difficulté pour reconnaître que les solutions de la jurisprudence, relatives aux amendes fiscales, mériteraient d'être législativement consacrées. Il y a d'excellentes raisons pour écarter ici le principe du non-cumul ; mais les exceptions à un principe légal doivent émaner du législateur seul, et il n'appartient pas au juge de se substituer à lui.

Ce n'est pas au reste le seul cas où la jurisprudence en use assez librement avec l'art. 365, et de même que dans notre hypothèse elle croit pouvoir écarter le principe du non-cumul à raison du caractère de la peine appliquée, elle y déroge dans certains cas où la loi inflige une peine spéciale, en rapport avec la nature du fait qu'elle a voulu réprimer.

Nous avons déjà eu l'occasion de nous expliquer à ce sujet. Voir *supra*, p. 47, note 1.

Il y a un texte aussi formel que possible, et quelque défec-tueux qu'il soit il faut le suivre, car le rôle du juge n'est pas de rechercher ce que le législateur aurait dû dire, et a dû par

matière forestière et de pêche fluviale, elle attribue le même caractère à la confiscation spéciale et, par voie de conséquence, en ordonne aussi le cumul avec la peine principale du délit cumulé plus grave que celui auquel elle est attachée. La confiscation spéciale est une peine complémentaire. V. plus bas notre discussion,

conséquent vouloir dire, mais ce qu'il a dit. En notre matière, il a expressément ordonné le non-cumul des peines. Bien mieux, lorsqu'il a voulu y apporter une exception, il s'en est formellement expliqué, ainsi que les nombreux exemples déjà cités peuvent le prouver.

Des difficultés se sont enfin élevées en ce qui concerne les *peines accessoires* et les *peines complémentaires*.

Pour les peines accessoires, la solution nous paraît s'imposer. *Accessorium sequitur principale*. Si la peine principale est absorbée, la peine accessoire (dégradation civique interdiction légale) suit le sort de la peine principale. La question du non-cumul ne se pose même pas.

Pour les peines complémentaires, confiscation spéciale, interdiction de séjour, publicité par voie d'affiches du jugement, interdiction de certains droits civils, civiques, et de famille, la question est plus délicate. Toutes ces peines étant attachées non à la peine principale mais à l'infraction même, doit-on leur appliquer le principe du non-cumul ? De vives controverses se sont élevées à ce sujet.

D'après un premier système soutenu par la jurisprudence et la majorité des criminalistes, les peines complémentaires attachées par la loi au délit le moins grave doivent toujours être prononcées conjointement avec la peine principale du délit cumulé le plus grave dont elles ne constituent pas la sanction.

L'hypothèse est au fond très simple. A a commis deux délits, le moins grave emporte l'interdiction de séjour, le plus grave ne l'emporte pas. L'interdiction de séjour n'en sera pas moins prononcée.

On se base, pour le décider, sur des arguments de trois ordres : considérations de principe, considérations d'utilité sociale, arguments de textes.

Et d'abord des considérations de principe : la peine complémentaire serait attachée par la loi à l'infraction et non à la peine principale. Or si la loi ordonne le non-cumul des peines, elle n'enlève pas à chacun des délits son caractère particulier. L'infraction la plus faible subsiste, malgré l'impossibilité légale de lui appliquer la peine principale qu'elle aurait méritée en étant seule commise.

Au surplus, dit-on, c'est l'intérêt social lui-même qui est en jeu, et commande l'application des peines complémentaires dans ces hypothèses ; c'est moins le délit lui-même, que le délinquant particulièrement malfaisant ou indigne, que la loi vise en édictant la peine complémentaire. Il serait monstrueux que la perpétration d'un nouveau crime ou délit l'exonérât des peines complémentaires encourues. Un individu passible d'interdiction de séjour devient-il moins dangereux pour la société en devenant un escroc ?

On invoque enfin un argument de texte : les peines complémentaires n'ont pas été classées dans la hiérarchie des peines. Comment comparer, dès lors, un délit puni d'une peine principale et d'une peine complémentaire à un délit puni d'une peine principale seulement ?

Ces arguments sont d'inégale valeur. Le premier nous apparaît même comme franchement mauvais. Sans doute, chacun des faits déférés à la justice, le moins grave comme le plus grave, est un délit, mais il résulte précisément de l'art. 365 qu'il est impossible de le réprimer à part ou plutôt que sa répression individuelle est devenue indifférente à la vindicte publique.

Le code, comme cela se passait sous la législation intermédiaire, eût ordonné de prononcer deux peines, mais de n'en

(¹) Trébutien, I, p. 323; Garraud, XII, n. 172, p. 279; Mangin, XI, n. 459; Riboulet, thèse, p. 71. — Paris, 7 juin 1851, S., 51. 2. 35.

faire exécuter qu'une, que l'argument n'eût manqué ni de poids ni de valeur. Mais au contraire, rompant avec la tradition, il ordonne de prononcer une seule peine, la plus forte, c'est-à-dire celle qui est attachée au délit le plus grave. Dans notre système actuel, le délit principal est seul susceptible d'être puni, les autres délits interviennent dans la poursuite non comme délits, mais comme circonstances aggravantes judiciaires destinées à fixer le juge sur la témébilite, comme disent les sociologues italiens, de leur auteur. Ils influent sur la répression du plus grave, ils ne peuvent pas être individuellement punis. Dès lors, on ne saurait prétendre que, chaque infraction méritant sa peine, les peines complémentaires doivent être prononcées si elles sont attachées au délit le moins grave.

Le second argument est incontestablement plus topique et plus frappant. L'utilité sociale commande assurément l'application des peines complémentaires dans l'hypothèse que nous envisageons. La loi aurait dû ordonner cette application. Elle ne l'a pas fait. Le juge, à défaut de texte, peut-il se substituer au législateur? Evidemment non.

Reste alors le troisième argument : la preuve complémentaire n'a pas trouvé sa place dans la hiérarchie légale des peines. Il est impossible, dans ces conditions, de déterminer la plus forte. La loi n'a pu, en parlant de la peine la plus forte, viser que les peines légalement hiérarchisées. Les peines complémentaires doivent donc toujours être prononcées.

On pourrait discuter la portée de cette observation. L'art. 9 C. pén., en effet, détermine la place hiérarchique de l'une des peines complémentaires, l'interdiction des droits civils, civiques et de famille, et, quant aux autres, les principes généraux ne permettent pas au juge de se refuser à dire le

droit sous le prétexte que la loi est muette. Mais ce qui est plus contestable encore, c'est la conclusion qu'on prétend tirer de ce défaut de hiérarchie légale.

Il faut cumuler les peines complémentaires.

C'est plutôt la conséquence contraire qui nous paraîtrait s'imposer. Elle n'a été cependant soutenue dans la doctrine que par M. Laborde, pour qui la gravité des peines complémentaires ne dépasse jamais celle de la peine principale à laquelle elles sont attachées. Nous nous rangeons entièrement à son avis et décidons avec lui que si cette preuve principale est écartée, les preuves complémentaires le sont *a fortiori* ⁽¹⁾.

Il suit logiquement de là que les peines *complémentaires* qui ne peuvent se cumuler avec la peine principale du délit auquel elles ne sont pas attachées, ne peuvent pas se cumuler avec les peines complémentaires de ce même délit.

La jurisprudence de la Cour de cassation, qui leur applique le principe de l'art. 363 quand elles sont incompatibles seulement ⁽²⁾, suppose la solution contraire, consacrée au reste par de très nombreuses décisions.

Nous signalerons en particulier l'arrêt du 6 mars 1856 (D., 56. 1. 224) prononçant à la fois la peine principale du délit de violence (le plus grave) et la confiscation d'une arme, peine complémentaire du délit de chasse cumulé avec celui de violence — et l'arrêt du 30 avril 1881 (S., 83. 1. 133) prononçant à la fois la peine principale de la rébellion et l'interdiction de séjour complémentaire de l'ivresse manifeste.

Bien que la question ne paraisse pas devoir être discutée, nous devons, pour être complet, ajouter que le principe du non-cumul des peines ne saurait être étendu aux sanctions

⁽¹⁾ Laborde, *Cours de dr. crim.*, n. 576, p. 381.

⁽²⁾ Cass., 8 avril 1886, *Pand. fr.*, 86. 1. 110; 17 fév. 1893, D., 94. 1. 32; 11 sept. 1890, D., 90. 1. 376.

disciplinaires, qui ne sont pas, au sens juridique du mot, de véritables peines.

Nous terminerons enfin ce chapitre en notant l'intéressante exception apportée à l'art. 365 par la loi de 1891, art. 1^{er}, § 3, aux termes duquel si pendant le délai de cinq ans à dater du jugement ou de l'arrêt qui a accordé le sursis prévu au § 1^{er}, le condamné commet un nouveau crime ou délit de droit commun entraînant une peine de prison ou une peine plus grave, « *la première peine sera d'abord exécutée sans qu'elle puisse se confondre avec la seconde* ».

L'article, on le voit, n'exige pas que la condamnation avec sursis soit devenue irrévocable. La loi se venge en quelque sorte de l'indulgence dont elle a permis au juge d'user, en proscrivant l'application de la règle du non-cumul si un nouveau délit commis dans les délais d'appel ou de cassation fait apparaître cette indulgence comme imméritée.

CHAPITRE III

Détermination de la peine la plus forte.

Jusqu'ici nous avons sans cesse parlé, avec l'art. 365 C. d'inst. crim., de « la peine la plus forte ».

Que faut-il au juste entendre par cette expression ? Quels principes devront guider le juge dans l'application de cette règle de droit ?

Sur ce point, presque aucune difficulté. Le code pénal a lui-même pris soin d'établir une hiérarchie des peines, par ses articles 6, 7, 8, 9 et 464.

Le législateur se place, pour déterminer la gravité respective des peines, à un double point de vue. Il considère leur nature et leur degré. C'est à ce double point de vue que nous nous placerons pour déterminer la peine la plus forte au sens de l'art. 365 et nous dégagerons deux principes.

1° Au cas de deux peines de nature différente, c'est la peine criminelle qui, étant plus forte que la peine correctionnelle, dispensera de la prononcer. Peu important les différences de durée, la durée de la peine correctionnelle serait-elle double de celle de la peine criminelle, c'est la peine criminelle, et la peine criminelle seule, sans modification de sa durée, qui devra être appliquée. Cinq ans de réclusion absorberont dix ans de prison ;

1° Entre deux peines de même nature, c'est le degré qui

décide : celle qui occupe le rang le plus élevé sur l'échelle pénale constituera la peine la plus forte (art. 7, 8, 9 C. pén.).

Comme au cas de peines de nature différente, le juge n'a pas à se préoccuper de la question de durée ou de taux.

La peine de prison, de si courte durée soit-elle, sera considérée comme plus forte que l'amende, quelque élevée qu'elle puisse être.

Ce principe aboutira souvent à des solutions regrettables.

Un jour de prison pourra immuniser un délinquant d'une amende de 5.000 francs. La loi est telle. Elle décide souverainement qu'étant donnée la différence de nature existant entre les deux peines, le minimum de l'une est plus afflictif que le maximum de l'autre, et tout essai fait par le juge pour établir entre un taux déterminé de l'une et un taux déterminé de l'autre une équivalence, serait arbitraire.

Les art. 7 et 8 du Code pénal étant généraux, il n'y a pas lieu de se préoccuper de la nature du délit à raison duquel la peine est encourue : peu importe qu'elle le soit à raison d'un délit politique ou d'un délit de droit commun. Nous en concluons que la détention, peine dont l'exécution nous paraît plus douce, est cependant une peine plus forte que la réclusion ⁽¹⁾. La déportation simple sera pour la même raison considérée comme plus forte que les travaux forcés à temps, car elle précède cette dernière peine dans l'énumération de l'art. 7.

Jusqu'à présent nous avons envisagé le cas où il existe une hiérarchie légale des peines : les peines applicables à des délits cumulés étaient hiérarchisées d'après leur nature ou leur degré.

Mais que décider lorsqu'il s'agit d'une peine qui n'a pas

(1) Garraud, n. 172, p. 278 ; Blanche, I, n. 32 ; Mangin, I, p. 459 ; Riboulet, thèse, p. 80. La jurisprudence est en ce sens.

trouvé place dans les art. 6, 7, 8 et 9 C. pén., ou lorsqu'il s'agit de peines de même nature et de même degré?

La première hypothèse, celle où il s'agit d'une peine criminelle ou correctionnelle qui n'a pas trouvé sa place dans les art. 6, 7, 8, 9 du C. pén., doit être résolue par une distinction.

S'agit-il à la fois d'un délit nouveau et d'une peine nouvelle? Le juge sera souverain. Il décidera, selon sa conscience et selon les circonstances, quelle place doit être attribuée à la peine nouvelle parmi les anciennes. S'agit-il d'un délit déjà prévu, et puni de peines rentrant dans la hiérarchie établie par le code pénal, mais puni postérieurement de peines ignorées de ce code, c'est d'après le rang occupé par la peine primitivement appliquée qu'on devra déterminer le rang de la nouvelle peine, au moins en principe. Car, en pratique, il y aura lieu de distinguer suivant que la pénalité nouvelle a eu pour but de modifier soit en l'aggravant, soit en l'atténuant, le caractère de la répression, ou suivant que le législateur a voulu substituer à l'ancienne, une peine d'égale gravité qu'il a jugée mieux adaptée à un crime ou un délit déterminé.

Si le législateur a clairement manifesté sa volonté d'aggraver ou d'adoucir, le juge aura, tout comme dans notre première hypothèse, à déterminer dans quelle mesure la hiérarchie des art. 6, 7, 8 et 9 a été modifiée. Dans le cas contraire, la nouvelle peine mieux adaptée au délit prendra purement et simplement le rang de celle à laquelle elle est substituée.

La question se pose en pratique pour la déportation dans une enceinte fortifiée. Cette peine n'a pas trouvé de place dans le code pénal, car elle ne date que de la loi de 1850 qui a remplacé par elle la peine de mort en matière de crimes politiques. Absorbera-t-elle la peine des travaux forcés à perpétuité comme le faisait la peine de mort? A notre sens, la réponse doit être négative. Ce n'est pas, au reste, que la

déportation dans une enceinte fortifiée nous semble, comme à la plupart des auteurs, devoir être assimilée à la déportation simple qui a sa place dans l'art. 7 du C. pén. ⁽¹⁾. Elle diffère de cette dernière à la fois par sa définition légale et par son mode d'exécution. Mais il résulte nettement des travaux préparatoires et de la discussion de la loi du 8 juin 1850 ainsi que des circonstances dans lesquelles cette loi a été votée, qu'elle a eu pour but d'adoucir la répression. La nouvelle peine est donc légalement moins forte que celle à laquelle on l'a substituée.

Reste donc à savoir en fait si elle est plus ou moins forte que celle des travaux forcés à perpétuité qui occupe le n° 2 dans l'art. 6 et l'examen des conditions dans lesquelles l'une et l'autre peine sont exécutées et subies qui, à défaut de texte légal, devient notre seul critérium, ne permet pas le moindre doute. Elle est moins forte.

Nous arrivons ainsi à notre deuxième hypothèse : Les peines sont de même nature et de même degré. Il semble, à consulter tous les auteurs qui ont traité de la question, qu'il n'en est pas de plus simple dans notre droit, et alors que dans l'application pratique ou même simplement théorique du principe du non-cumul nous les voyons soutenir les systèmes les plus divers, pas une voix discordante ne s'est jusqu'ici élevée dans la doctrine contre la théorie que nous appellerons classique.

Aux termes de cette théorie, ce sera suivant les cas le maximum ou le minimum des peines applicables en droit aux délits cumulés qui permettra de déterminer la plus forte, celle qui, par conséquent, devra seule être infligée au condamné.

(1) Garraud, n. 172, p. 278; Riboulet, thèse, p. 80; Vidal, p. 363.

Entre deux peines dont le maximum diffère, c'est celle dont le maximum est le plus élevé qui l'emportera, alors même que son minimum serait inférieur à celui de l'autre. Et si elles ont toutes deux le même maximum avec un minimum différent, c'est le minimum le plus élevé qui décidera.

Cette opinion repose, à notre avis, sur une interprétation erronée de l'art. 365 et la méconnaissance absolue du principe général dont cet article consacre l'application dans notre droit.

La peine étant par définition même liée au délit et sa gravité variant avec celle du délit qu'elle doit punir, l'expression la peine « la plus forte sera seule prononcée » se ramène évidemment, comme nous avons déjà eu l'occasion de l'indiquer, à celle-ci :

Le délit le plus grave fait perdre aux délits qui sont cumulés avec lui leur caractère de délits individuellement punissables pour les transformer en circonstances aggravantes judiciaires. En conséquence, c'est la peine du délit le plus grave qui doit seule être prononcée, parce que cette peine, étant par définition même plus forte que celles des autres délits, absorbera ces peines comme le délit auquel elle est attachée absorbe ces autres délits.

L'application de ce principe va toute seule au cas où les peines sont de nature ou de degré différents. Le minimum de la réclusion étant considéré comme plus grave que le maximum de l'emprisonnement, le minimum de la prison comme plus grave que le maximum de l'amende, la peine du crime puni de réclusion sera toujours plus grave que celle du délit puni de prison, la peine du délit puni de prison, toujours plus grave que celle du délit puni d'amende. Les délits secondaires seront donc entièrement immunisés.

Elle va toute seule encore au cas où les peines étant de

même nature et de même degré, le minimum de l'une est supérieur au maximum de l'autre.

Mais cette proposition cesse d'être exacte quand les peines de même nature et de même degré afférentes à deux délits cumulés sont, quoique différentes dans leur taux, de nature à chevaucher l'une sur l'autre. Supposons, par exemple, deux délits punissables, le premier de 1 an à 5 ans de prison, le second de 3 ans à 4 ans. La théorie déterminant *in abstracto*, par la considération du maximum, quelle est la peine la plus forte va-t-elle permettre au juge de prononcer la peine du premier délit dans les limites de son maximum et de son minimum?

La logique pure semble l'y pousser, et il ne semble pas que la plupart de ses partisans se soient préoccupés de la conséquence. Ce serait cependant admettre que 3 ans de prison, minimum de la peine applicable au second délit peuvent être absorbés par une peine inférieure de 2 ans à ce minimum, ce que la raison se refuse absolument à concevoir. Ce serait décider qu'une peine déclarée par la loi elle-même insuffisante à réprimer un délit, pourra en réprimer deux, et au lieu de faire jouer au délit le moins grave le rôle de circonstance aggravante par rapport au délit le plus grave, changer complètement les rôles et faire jouer au délit le plus grave, le rôle de circonstance atténuante par rapport au moins grave ⁽¹⁾.

(1) Nous employons ici les termes de la doctrine générale qui décide que le code fixe la gravité objective du délit par le maximum de la peine qu'il permet de lui appliquer. Le délit est, à notre sens, un tout complexe où l'élément subjectif joue un rôle prédominant. On nous objectera peut-être que le code pénal attribuait aux délits une gravité objective et qu'il ne prévoyait que d'une façon très accidentelle les circonstances atténuantes. La théorie de la peine effective que nous soutenons nous apparaît fortifiée par cet argument. Le code pénal considérerait en effet un délit puni de 1 an à 5 ans de prison comme pouvant apparaître objectivement

Un des auteurs les plus récents du droit criminel, M. Vidal, refuse d'aller jusque-là et décide qu'en pareil cas la répression dont le juge peut disposer variera entre les limites du maximum du premier délit et du minimum du second ⁽¹⁾. Nous ne saurions que l'approuver, mais qui ne sent qu'en décidant ainsi, nous avons fait à la théorie générale de la doctrine une brèche qui va entraîner la ruine de l'édifice tout entier?

S'il est, en effet, inexact de dire que la peine d'un ou deux ans de prison jugée par le juge dans les limites que la loi laisse à son appréciation souveraine, suffisante pour la répression d'un délit dont la pénalité maxima est de cinq ans, est plus forte que celle de trois ans de prison, nous serons amené à constater que cette anomalie se présente dans tous les cas où les peines de délits différents sont de même nature et de même degré, sans que le minimum de l'une soit supérieur au maximum de l'autre.

Qu'importe, en effet, que le minimum de la peine dont le maximum est le moins grave soit ou ne soit pas plus élevé que celui de l'autre, dès lors que la loi a laissé au juge le soin de déterminer, entre certaines limites, la peine applicable aux deux délits et par conséquent la gravité même des délits qui lui sont soumis? Si le juge estime que les circonstances de la cause lui permettent d'appliquer à l'un de ces délits une peine d'un an de prison (au lieu de cinq ans), alors que le maximum de trois ans applicable à l'autre ne lui paraissait pas trop rigoureux, pourra-t-on dire que la peine méritée par le premier est plus forte que celle du second?

C'est oublier, semble-t-il, que la loi ne laisse pas au caprice

moins grave qu'un autre délit dont le maximum était inférieur à 5 ans, et le minimum supérieur à 1 an.

(1) Vidal, p. 363, *in fine*. V. dans le même sens, Riboulet, *ih.*, Paris, 1899, p. 82,

du juge, mais à sa conscience, le soin de décider, dans les limites qu'elle lui assigne, la quotité de la peine applicable à un délit; que la peine effectivement fixée par le juge, et ceci sera surtout intéressant au cas de poursuites successives, à raison d'un délit, doit être considérée *dans son taux même*, comme la seule peine pouvant ou ayant pu, en équité et en justice, servir de répression à ce délit, et que le juge n'en pouvait pas prononcer une autre. En définitive, nous sommes amené à décider que la gravité d'un délit se mesure sur celle que la loi, ou le magistrat dans les limites que la loi assigne à son jugement, applique à ce délit et que, chaque fois que des peines de même nature ou de même degré pourront, à raison de leur taux légal, chevaucher l'une sur l'autre, il faudra attendre que le juge ait parlé pour savoir quelle est la plus forte, quelle est celle, par conséquent, qui absorbera les autres, quel est le délit qui fera perdre aux autres délits leur caractère individuel.

Si le tribunal se contente de déclarer les deux délits constants et de leur appliquer une peine qui peut légalement convenir à l'un aussi bien qu'à l'autre, nous reconnaissons bien volontiers que le critérium communément admis pour reconnaître la peine la plus grave nous permettra de présumer que c'est cette peine-là qu'il a voulu prononcer, absorbant ainsi l'autre en elle; mais nous lui laisserons la faculté de dire expressément le contraire, ce qui pourra avoir d'intéressantes conséquences au cas où l'un des délits cumulés viendra à disparaître.

C'est la seule distinction que nous nous permettrons de faire entre les peines de même nature et de même degré et les peines de nature ou degré différents. Elle est basée, croyons-nous, sur une interprétation rigoureusement exacte de l'art. 365 C. inst. crim., qui, en parlant de *la peine la plus*

forte, n'a pas voulu autoriser le juge à appliquer à deux délits une peine qu'il déclare trop faible pour un seul d'entre eux.

Notre principe général est donc ici qu'il faut considérer, pour apprécier la gravité respective des peines, non pas leur taux légal qui est presque toujours variable, mais le taux effectivement mérité par chaque espèce ⁽¹⁾.

Ainsi éviterons-nous les distinctions dans lesquelles la jurisprudence a dû s'engager et qui feront l'objet des chapitres suivants.

Si les peines de même nature et de même degré sont identiques dans leur taux légal, le même principe recevra son application et nous laisserons à la juridiction saisie le soin de dire à quel délit elle entend appliquer la répression. Si le tribunal juge les deux délits également punissables, le maximum commun aux deux peines ne pourra pas être dépassé. C'est là du reste l'opinion communément admise en doctrine et en jurisprudence. On la généralise cependant en en faisant l'application à tous les cas où le taux légal est le même, tandis que nous la restreignons à celui où le taux dérivant pour chaque délit de l'appréciation judiciaire, est identique.

Les auteurs admettent cependant que dans le cas où les peines principales de deux délits cumulés n'ont aucune différence de taux, on peut établir entre elles une hiérarchie en considérant les peines accessoires ou complémentaires qui y sont parfois attachées.

(1) La Cour de cassation s'est rapprochée de notre théorie dans une espèce assez curieuse. Elle a jugé que lorsqu'un des délits était puni d'une amende ou de l'emprisonnement au gré du juge et l'autre d'une amende seulement, mais d'un taux plus élevé, le juge pouvait, en écartant l'emprisonnement pour le premier délit, comparer les deux peines d'amende et appliquer la plus élevée. Cass., 10 avril 1841. — V. Riboulet, p. 84.

Nous donnerons à cet élément d'appréciation la même valeur de présomption qu'au critérium général dont nous avons discuté tout à l'heure la portée, mais il y a, selon nous, un grand intérêt à étendre comme nous le faisons la faculté d'appréciation du juge et à lui permettre de faire jouer un rôle à ces peines accessoires ou complémentaires, même quand elles sont attachées à la peine principale dont le maximum est le moins élevé.

Sans aller jusqu'à dire qu'une légère différence de quotité dans la peine principale est sans importance au point de vue de la détermination de la peine la plus forte, quand une peine accessoire ou complémentaire vient s'ajouter à celle dont le maximum est le moins élevé, nous permettrons au juge qui considèrera la peine accessoire ou complémentaire comme nécessaire, de déclarer que c'est le délit auquel elle est attachée qui est le plus grave.

Nous avons anticipé par là sur nos explications relatives à l'application judiciaire du principe du non-cumul. Cela a été nécessaire puisque, selon nous, la détermination de la peine la plus forte ne peut se faire dans bien des cas qu'au moment de l'application de la peine. Cela, au surplus, nous aidera à vaincre les difficultés que la pratique a fait apparaître.

Application judiciaire du principe du non-cumul.

Après avoir déterminé à la lumière de la jurisprudence et des principes le champ d'application et la portée de l'art. 365, les hypothèses où le principe de non-cumul s'applique ou reçoit exception, il nous reste à en examiner le fonctionnement pratique. Très simple, paraît-il en lui-même, le principe de non-cumul rencontre dans son application par le juge de multiples difficultés, et il n'est peut-être pas de problème juridique qui ait soulevé, soit en jurisprudence, soit en doctrine, plus de controverses.

Pour prendre parti dans les conflits dont il a été l'objet, nous nous référerons à nos définitions et aux explications théoriques qui précèdent, et c'est en nous inspirant des principes déjà posés que nous rechercherons la solution la plus satisfaisante légalement et socialement des deux grosses questions que soulève l'application du principe de non-cumul, au cas de poursuites simultanées et au cas de poursuites successives.

Nous examinerons ces deux hypothèses dans deux chapitres distincts.

CHAPITRE IV

Poursuites simultanées de délits cumulés.

Au premier abord, la question de l'application du principe du non-cumul au cas de poursuites simultanées semble très simple. Nous avons un texte, l'art. 365, il suffit de l'appliquer. Mais ici comme en bien d'autres hypothèses, l'apparence est loin de la réalité. Voyons plutôt.

En cas de conviction de plusieurs crimes ou délits, nous dit l'art. 365, la peine la plus forte sera seule prononcée; le juge n'a donc qu'à prononcer la peine la plus forte, et comme nous avons déjà déterminé ce qu'il faut entendre par là, nous avons, semble-t-il, par avance solutionné tout le problème.

Il n'en est rien cependant, et de multiples opinions se sont fait jour en ce qui concerne l'application de cette règle d'apparence très simple.

Certains auteurs et même à une époque lointaine la Cour de cassation, pensaient que l'art. 365, impliquait au cas de délits cumulés l'application du maximum de la peine prononcée par la loi à raison du délit le plus grave ⁽¹⁾. Autrement dit et plus simplement, l'art. 365 exigerait l'application non seulement de la peine la plus forte, mais encore de son maximum. C'est incontestablement forcer le sens du texte et lui faire dire plus qu'il n'a dit. Nous n'insisterons pas.

⁽¹⁾ Le Graverend, *Traité de la législ. crim.*

Le juge aura donc à notre avis, et c'est là l'opinion unanime de nos jours, à prononcer la peine la plus forte en se mouvant dans les limites du maximum et du minimum édicté par la loi.

Reste à savoir dans quelle mesure le cumul de délits doit peser dans la conscience du juge sur le prononcé de la peine ou même seulement s'il doit avoir quelque influence. La solution de ce problème dépend du caractère légal du délit cumulé dans notre droit.

Un auteur récent très distingué, M. Vidal, résume les idées courantes sur le sens de l'article 365 en disant : « La loi semble avoir considéré le concours d'infractions comme une infraction unique, complexe, contre laquelle une condamnation unique devra être prononcée ou avoir au moins décidé que la condamnation à la peine la plus forte emporte de plein droit l'expiation de tous les délits frappés d'une peine moindre » ⁽¹⁾.

Ainsi, le seul délit puni de la peine la plus forte serait atteint et son expiation entraînerait celle des autres délits. C'est la définition même du système de l'absorption.

En proposant de substituer à cette appellation celle de système d'aggravation judiciaire pour qualifier le système de notre législation positive, nous n'avons pas soulevé seulement, croyons-nous, contre l'opinion commune, une querelle de mots.

La théorie de l'absorption interprétée logiquement amènerait le juge à ne tenir aucun compte des délits secondaires au moment de frapper le plus grave qui les immunise. Celle de l'aggravation judiciaire le conduira au contraire à les prendre en considération et à rapprocher la peine la plus

⁽¹⁾ Vidal, *Cours*, p. 360. La jurisprudence de la Cour suprême est dans le même sens.

plus forte qu'il prononce du maximum qu'elle comporte, quand il n'atteindra pas ce maximum.

Notre formule est donc celle-ci : Le juge doit prononcer la peine la plus forte et elle seule, dans les limites du maximum de cette peine, mais il doit tenir compte du cumul des délits comme d'une circonstance aggravante judiciaire.

Cette solution d'apparence facile et à notre avis seule légale, se heurte dans la pratique à de multiples inconvénients.

Nous devons pour les étudier distinguer suivant qu'ils se manifestent par suite de la disparition légale de la peine la plus forte, ou qu'ils s'opposent à l'application des pénalités spéciales encourues par la récidive.

Inconvénients présentés par l'application stricte de l'art. 365 au cas de disparition légale de peine la plus forte.

L'hypothèse se présente le plus souvent en cas d'amnistie et en cas de cassation. Nous ne parlerons pas de la grâce à dessein, car la grâce est une mesure individuelle qui n'efface ni le délit ni la peine. Une loi d'amnistie peut intervenir pour effacer la condamnation encourue à raison du délit le plus grave. Un arrêt de cassation peut déclarer que le fait dans lequel on avait vu le délit le plus grave ne tombait pas sous le coup de la loi. Bien que nous n'ayons connaissance d'aucun arrêt ayant statué sur un pourvoi en révision, qu'il nous suffise de noter l'identité de la situation juridique et des principes applicables; la théorie doit se préoccuper non seulement de ce qui a été, mais de ce qui peut être.

a) *En cas d'amnistie.* — L'application stricte de l'art. 363, telle que nous nous croyons obligé de la préconiser, conduit à des conséquences choquantes. Et de nos jours où les amnisties se multiplient avec une sérieuse rapidité, ces conséquences sont d'autant plus à redouter. Or un individu condamné à

raison d'un délit plus grave peut trouver dans l'amnistie accordée à raison de ce délit, un motif de véritable impunité pour tout délit simultanément poursuivi et jugé.

L'hypothèse fut en 1851 soumise à la cour d'appel de Paris dans les circonstances suivantes : un individu condamné à raison d'un délit politique et d'un délit de droit commun se trouvait bénéficier d'une amnistie accordée pour tous les délits politiques. Devait-il trouver dans cette amnistie un moyen légal d'échapper à la répression méritée par son délit de droit commun ?

La cour de Paris estima que oui ⁽¹⁾.

Il en est de même au cas de cassation sans renvoi de la partie de l'arrêt ou jugement punissant le crime ou le délit le plus grave. La condamnation relative à ce délit complexe qu'est le délit cumulé est annulée; et par là même les délits qui formaient avec le délit le plus grave, ce délit complexe unique, restent dépourvus de sanction.

La question se posa dans les circonstances suivantes devant la Cour de cassation. Un individu avait été poursuivi et condamné simultanément à raison d'un détournement d'objets assimilable au vol et à raison du délit de coups et voies de fait. Il encourait, à raison du premier délit, de un à cinq ans de prison (art. 400-401 C. pén.), à raison du second délit, de six jours à deux ans (art. 34 C. pén.). Le premier délit était donc incontestablement le plus grave. La Cour de cassation l'écarta parce que l'arrêt de condamnation manquait de base en ce qui concernait le détournement d'objets saisis. On avait omis de constater que le prévenu joignait à

(1) Un docteur du temps traitait, dans la *Revue pratique*, cette immunité de scandaleuse. Et il cherchait déjà un moyen d'obvier à cette conséquence de l'art. 365. Lair, De l'influence de l'amnistie sur les condamnations prononcées à la fois pour délits politiques et non politiques, *Revue pratique*, X, p. 32 et 33. L'arrêt de la cour de Paris est reproduit et discuté dans cet article.

cette qualité celle de débiteur saisi et qu'il connaissait la saisie (Cass., 14 février 1895, S., 95. 1. 181). Le délinquant allait-il trouver dans cette circonstance de droit l'absolution radicale pour son autre délit? Cela eût été incontestablement injuste et immoral. C'était pourtant la conséquence d'un texte formel dont le condamné peut se prévaloir contre la société qui l'a édicté.

b) *Au cas de récidive*. — Mais c'est surtout au cas de récidive que le principe du non-cumul conduit à des conséquences socialement inadmissibles, qu'il s'agisse, au reste, de la *récidive du code pénal* ou de la *récidive de la loi du 27 mai 1885*. Dans l'une et l'autre hypothèse, une observation scrupuleuse de l'art. 365 transforme le cumul des délits en une situation éminemment favorable à son auteur. Toutes les fois, en effet, que la condamnation à raison du délit le plus grave sera moins sévèrement traitée au point de vue de la récidive que la condamnation encourue à raison du délit le moins grave, le cumul de délits fera obstacle à l'application des peines appliquées à la récidive. Or, cette hypothèse se présente très fréquemment dans la pratique. Elle a même fait l'objet de nombreuses décisions de jurisprudence, surtout depuis le vote de la loi du 27 mai 1885. Mais, dès avant cette loi, la même question de principe s'était posée à l'occasion de la récidive du code pénal.

Un soldat avait encouru, à raison d'un délit militaire, la peine des travaux publics et à raison d'un délit de droit commun, l'emprisonnement. La peine la plus forte devant seule être prononcée en cas de délits cumulés, le conseil de guerre ne prononçait que la peine des travaux publics (art. 186 J. M. terre).

Après avoir été libéré du service militaire et de sa peine de travaux publics, le même individu se rendait coupable d'un

nouveau délit de droit commun. Pouvait-on le considérer comme récidiviste? L'art. 56 *in fine* C. pén. porte expressément « que l'individu condamné par un tribunal militaire ou maritime ne sera, en cas de crime ou délit postérieur, passible des peines de la récidive qu'autant que *la première condamnation aurait été prononcée pour des crimes ou délits punissables d'après les lois pénales ordinaires* ».

Ce militaire devait donc trouver dans le cumul des délits une protection légale contre la récidive.

L'art. 58 § 2 C. pén., tel qu'il a été remanié par le législateur de 1891, crée une bien autre difficulté. Il décide, en effet, que quand un individu, une première fois condamné à un emprisonnement d'une durée quelconque pour un délit déterminé, commettra le même délit ou un délit assimilé dans le délai de cinq ans, il sera passible d'une peine qui ne pourra être inférieure au double de la première.

Comment appliquer cet article quand le cumul du premier délit spécifié avec un délit plus grave aura empêché de le réprimer?

La récidive du code pénal soulève encore d'autres difficultés qui se retrouvent avec un intérêt plus vif au cas de *récidive de la loi du 27 mai 1885* et à l'occasion de la *relégation* qui doit nous retenir quelques instants. Ici encore les art. 2 et 3 de la loi du 27 mai 1885 s'opposent à ce que l'on considère les condamnations non plus seulement militaires, mais même politiques comme base de la récidive prévue par cette loi.

Au cas de cumul d'un délit de droit commun et d'un délit militaire ou politique plus grave, le principe de l'absorption du délit le moins grave par le délit le plus grave, conduit à refuser à cette condamnation le caractère d'une condamnation pouvant servir de base au calcul de la récidive de la loi

du 27 mai 1885, et à traiter cette condamnation comme un obstacle à l'application de la relégation que le délinquant aurait encourue s'il n'avait commis que le délit de droit commun moins grave. C'est évidemment illogique, immoral et dangereux.

Mais la pratique engendre d'autres hypothèses et entre tant d'autres difficultés soulevées par la loi du 27 mai 1885, c'est, de l'avis de criminalistes aussi autorisés que M. Villey, en matière de délits cumulés que les questions les plus délicates se sont posées et que les problèmes les plus ardues se sont présentés.

Pour bien comprendre la relation existant entre l'art. 365 et la loi du 27 mai 1885, il nous paraît indispensable de rappeler brièvement le principe de cette loi.

Cette loi crée une peine spéciale : la relégation, applicable indépendamment des autres peines à ces délinquants incorrigibles que la criminalité désigne sous le nom de délinquants d'habitude. Lorsqu'un délinquant a subi un certain nombre de condamnations et malgré cela commis de nouveaux méfaits, lorsque, d'autre part, ces condamnations sont encourues à raison d'un même délit ou de délits assez voisins, la loi présume ce criminel incorrigible ; il a l'habitude non seulement du crime, mais de tel genre de crime ; elle le relègue. Le nombre des actes répréhensibles exigés par la loi pour qu'il y ait lieu à relégation varie suivant la nature et suivant les circonstances du délit. La nature du délit dépend de sa qualification légale : vol, abus de confiance, vagabondage, traite des blanches, etc. Les circonstances du délit, c'est-à-dire son plus ou moins de gravité, trouvent leur expression dans le quantum de la peine prononcée. Un indi-

(1) Loi du 3 août 1903.

vidu est considéré comme délinquant d'habitude et par suite comme passible de la relégation lorsqu'il a commis un certain nombre de délits de la même famille et d'une certaine gravité. La loi prend donc en considération pour prononcer la relégation : 1° la nature du délit ; 2° la gravité de la peine prononcée. On comprend dès lors comment le non-cumul des peines, même au cas où tous les délits sont de droit commun, peut se transformer en un obstacle à l'application de la relégation.

Il suffit en effet, pour que l'application de l'art. 365 vienne paralyser l'effet des lois sur la relégation, qu'un individu passible de cette peine cumule avec le délit spécifié qui la lui ferait encourir n'importe quel délit plus grave non spécifié.

Pour parer à ces inconvénients dont nous ne saurions dissimuler la gravité, une partie de la doctrine et nous pouvons dire aujourd'hui, la majorité des auteurs, décide que le concours d'infractions ne fait nullement perdre à chaque délit son caractère propre ⁽¹⁾. Mais logique avec elle-même, elle décide que le juge doit en conséquence prononcer dans tous les cas la peine afférente à chaque délit, sauf à n'ordonner l'exécution que d'une seule peine, la plus forte : on ne se heurte plus ainsi à aucune difficulté dans les hypothèses où, pour une raison quelconque, le délit le plus grave vient à disparaître ou dans le cas où celle des infractions cumulées qui est intrinsèquement la moins grave, est susceptible de servir de base à l'application d'une peine complémentaire que la plus grave n'entraîne pas.

Reste à savoir si cette doctrine qui, quoique tard venue en notre matière, a eu la bonne fortune de rallier la presque unanimité des auteurs n'est pas en opposition soit avec la

(1) Vidal, *op. cit.*, p. 362 ; Garraud.

lettre du texte, soit avec son esprit. Ses partisans soutiennent énergiquement la négative.

On invoque en faveur de cette thèse la tradition historique. On essaie de montrer comment elle se concilie avec le texte de l'article 365 et avec son fondement rationnel.

Elle serait d'abord conforme à la tradition historique : la loi de 1791 et le code de brumaire an IV portaient formellement que les peines encourues à raison de délits cumulés devraient être prononcées par le juge à raison de chaque délit. L'article 365, dit-on, n'a certainement pas entendu déroger à la tradition antérieure.

Rien au reste ne permet de donner de son texte une autre interprétation. Sans doute il peut paraître que l'article 365, en décidant qu'une seule peine doit être prononcée, s'oppose à l'application d'une peine à chaque délit. C'est là une apparence. L'article 365 a voulu dire par là qu'une seule peine devrait être subie. Il n'a point entendu décider qu'une seule serait appliquée. Un délit ne saurait, au reste, changer de caractère, par cela seul qu'il est concomitant à un autre délit; un délit reste toujours un délit. L'article 365 édicte la confusion des peines, il n'édicte pas la confusion des délits.

Que vaut au juste cette double argumentation? En ce qui concerne la tradition historique, il nous paraît bien douteux de chercher un ancêtre de l'art. 365 dans les dispositions des codes de 1791 et de l'an IV. C'est en réalité l'art. 379 C. inst. crim. qui a sa source dans ces codes, mais non l'art. 365. Cet article constitue dans notre droit pénal une innovation. Les lois antérieures ne prévoient, en effet, le cumul qu'au cas de poursuites successives. Dans l'art. 365, il s'agit de poursuites simultanées. D'autre part, nous avons déjà eu l'occasion de noter quelle incertitude régnait dans

notre législation intermédiaire pour tout ce qui touche les principes relatifs au cumul des délits.

Nous avons même cru discerner, dans les dispositions des codes de 1791, de l'an IV et de notre code actuel, une évolution très curieuse vers une solution plus douce, évolution dont le terme se trouvait dans l'art. 365 qui a édicté le non-cumul des peines, non seulement dans leur exécution, mais encore dans leur prononcé.

L'art. 365 nous apparaît donc, non pas comme précisant dans la grande codification du régime napoléonien les principes de la tradition antérieure, mais comme le terme d'une évolution historique, ce qui est tout différent. Car qui dit tradition dit identité, qui dit évolution dit changement.

Est-ce à dire que les délits secondaires perdent toute signification au point de vue pénal? Evidemment non. Quand la société a su les découvrir en même temps que le plus grave, ils interviennent comme circonstances aggravantes. Ils changent donc de caractère, et, quoi qu'en disent certains auteurs, c'est bien là une solution logique, car nous avons déjà vu comment les délits cumulés ne présentaient pas, soit au point de vue criminologique, soit au point de vue de la responsabilité de leur auteur la même gravité que les délits isolés. Il y avait donc lieu de les traiter différemment et de considérer le concours d'infractions autrement que comme un pur agrégat de délits. En réalité, il s'agit d'un délit commis avec circonstances aggravantes. Et si ce point de vue est accepté, la solution la plus récente de la doctrine aboutit à une violation manifeste non pas seulement du texte mais aussi de l'esprit de l'art. 365.

Et cette violation de l'esprit du code d'instruction criminelle a pour conséquence, tantôt une aggravation, tantôt une atténuation de la répression; une aggravation au cas d'am-

nistie du délit le plus grave ou en matière de récidive, une atténuation dans toutes les autres hypothèses. Et conséquence curieuse, ce système pour obvier à des inconvénients exceptionnels, aboutit logiquement à poser un principe général manifestement plus indulgent que celui que le législateur de 1808 a entendu édicter.

Si chaque délit, en effet, conserve son individualité, le juge doit prononcer, à raison de chaque délit, une peine proportionnée à la gravité de ce délit individuellement considéré. La peine qui, d'après l'interprétation de ces auteurs, doit seule être exécutée, sera donc la peine encourue à raison du délit le plus grave et cette peine aura été prononcée par le juge sans qu'il ait pu prendre logiquement en considération la circonstance, cependant intéressante en matière de responsabilité, du cumul d'infractions. Et dès lors, quoi qu'on en dise, il n'y a plus seulement confusion des peines, il y a vraiment absorption de délits, puisque la peine prononcée le sera comme si le délit le plus grave avait seul été commis et sera seule exécutée. S'il n'y a pas absorption de droit, il y a absorption radicale de fait et c'est le fait qui importe surtout aux malfaiteurs. Ainsi, pour obvier aux inconvénients présentés par l'application franche de l'art. 365 dans les cas exceptionnels d'amnistie, de cassation ou de récidive, on fait bénéficier dans les cas ordinaires l'auteur des délits cumulés d'une atténuation de peine qui enlève tout caractère d'aggravation à la circonstance du cumul.

Nous parlons à dessein de l'application franche de l'art. 365, car il est bien manifeste que la solution que nous venons de critiquer torture le texte dans ses termes comme dans son esprit, pour lui faire dire tout le contraire de ce qu'il dit. Le texte porte : « Une seule peine, la plus forte sera prononcée » et le juge dans cette opinion en prononce deux. Cette objection nous semble irréfutable.

Contraire aux termes et à l'esprit de la loi, contraire à la définition et au caractère rationnel du délit cumulé, contraire enfin à l'évolution historique, cette opinion nous paraît devoir être rejetée, malgré le nombre et la valeur de ses partisans.

Nous aurons à nous expliquer à nouveau sur elle quand nous étudierons les différentes hypothèses où les poursuites, au lieu d'être simultanées, sont successives.

La Cour de cassation qui consentira alors à la consacrer s'y refuse d'une façon très nette au cas de poursuites simultanées. Placée cependant en face des difficultés que la doctrine de l'individualité des délits et de la confusion des peines supprime, elle s'est, dans quelques circonstances, laissée aller à faire à cette doctrine quelques concessions, et bien que sa jurisprudence se soit aujourd'hui redressée, nous croyons devoir étudier avec quelques détails les arrêts où son principe général a fléchi.

Le dernier de ces arrêts est en effet tout récent. Il porte la date du *24 mars 1898* (V. S. et P., 99. 1. 200) ⁽¹⁾. La même chambre criminelle en a quelques mois après formellement contredit les assertions, mais elle était différemment composée et le mouvement qui entraîne les esprits vers la théorie de l'individualité des délits est si prononcé que nous n'osons pas espérer que la Cour suprême lui résiste longtemps encore. La logique même le lui défend, rien ne pouvant, selon nous, justifier la différence des solutions qu'elle applique aux poursuites successives.

Nous venons de parler de concessions faites par la Cour de cassation à la théorie dominante de l'individualité des délits. Cette théorie, en effet, se trouve beaucoup plus impli-

⁽¹⁾ Voir dans le même sens Cass., 24 avril 1849, *Ann. pro. ind.*, 59. 1. 161; 9 nov. 1878, D. P., 79. 1. 378.

citement contenue dans l'arrêt que nous venons de citer qu'explicitement formulée.

C'est même, croyons-nous, à dessein qu'elle a omis d'en énoncer le principe en termes exprès. La doctrine le formule généralement ainsi : Toute culpabilité doit être judiciairement déclarée et punie, mais les peines se confondent dans leur exécution.

L'application stricte de cette idée aurait exigé que dans tous les cas de délits cumulés, le juge prononçât une peine à raison de chaque délit et que dans sa sentence il ordonnât l'exécution de la peine la plus forte à l'exclusion de l'autre. En réalité, la Cour de cassation a visé non à poser un principe, mais à faire œuvre pratique et à obvier aux inconvénients présentés par l'application de l'article 365 dans les hypothèses que nous avons envisagées. Ainsi s'explique, dans les arrêts que nous analysons, l'absence d'une formule générale, ainsi s'expliquent les hésitations de la jurisprudence à s'engager dans la voie que lui ouvrait si largement la doctrine et enfin son brusque retour en arrière.

Si la Cour de cassation a parfois admis que le juge peut appliquer, au cas de délits cumulés, à chaque délit une peine, en ordonnant que la plus forte sera seule exécutée, elle n'en a jamais fait pour le juge un devoir. Si elle a admis cette possibilité dans certains cas, ce n'a jamais été que dans des cas restreints et à des conditions déterminées.

Elle a distingué suivant que les peines sont ou ne sont pas de même nature et de même degré. Cette jurisprudence, théoriquement très critiquable comme nous le verrons bientôt et du reste aujourd'hui abandonnée, s'explique par les circonstances dans lesquelles elle a vu le jour.

Elle n'admet la possibilité pour le juge de prononcer une condamnation multiple à raison de délits cumulés que dans

le cas où les peines sont de même nature et de même degré et en pratique les arrêts sont relatifs à des délits cumulés punis de prison. Si les peines encourues diffèrent par leur nature : travaux forcés, détention, réclusion, emprisonnement correctionnel, la Cour de cassation s'en est toujours tenue aux principes traditionnels et à la règle de l'article 363 : « La peine la plus forte sera seule prononcée ». Si, par exemple, la poursuite a lieu pour deux crimes punis l'un de la détention, l'autre de la réclusion, la décision unique doit se borner à prononcer la peine de la détention ; elle garde le silence sur la peine encourue à raison du délit le moins grave. Si, au contraire, les diverses infractions simultanément poursuivies entraînent la même peine avec une simple différence de taux, par exemple l'emprisonnement, le juge peut, dans sa décision, fixer le taux de la peine qu'il entend prononcer à raison de chaque délit, mais à la condition que le total des deux peines ainsi prononcées n'excède pas le maximum de la peine la plus forte.

Cette divergence de solutions, suivant la nature des délits cumulés, s'explique évidemment très mal en théorie. Car elle suppose une divergence de principes qu'aucune analyse et qu'aucune comparaison rationnelle des deux hypothèses ne justifie. En pratique, elle aboutit même à une injustice criante, car on traite avec plus de rigueur le condamné correctionnel que le condamné criminel.

Au premier cas, en effet, il n'y a qu'un délit et qu'une condamnation portée au casier judiciaire. En cas d'amnistie de ce délit, le condamné sera définitivement libéré. Une condamnation pénale unique a emporté l'expiation de tous les faits délictueux concurrents.

De même au point de vue de la récidive ou de la relégation, seul le crime le plus grave devra être pris en considé-

ration, pour déterminer s'il y a lieu d'appliquer au condamné récidiviste les rigueurs de la loi de 1885 et notamment, s'il y a lieu de prononcer contre lui la peine de la relégation. Il n'en est plus ainsi au cas où un individu a encouru à raison de plusieurs infractions une même peine, et si le juge usant de la faculté que lui reconnaissait l'arrêt du 24 mars 1898, a appliqué à chaque délit une peine sans toutefois excéder le maximum de la plus forte. Ici il y a deux délits, deux peines, chaque délit servira de base à la récidive du code pénal ou à la récidive de la loi du 27 mai 1885. En cas d'amnistie de délit le plus grave, la peine afférente à ce délit sera seule effacée, et la peine afférente à l'autre délit sera subie. C'est en effet surtout contre ces délits généralement punis de prison (vol, escroquerie, abus de confiance, outrage public à la pudeur, excitation habituelle de mineurs à la débauche, vagabondage et mendicité), dont certains individus semblent faire profession, qu'a été portée la loi du 27 mai 1885. Et cette loi exige en conséquence pour l'application de la relégation, non seulement un certain nombre de condamnations d'une gravité déterminée, mais un certain nombre de condamnations prononcées aussi à raison de délits déterminés. Si l'auteur d'un de ces délits avait pu trouver dans la perpétration d'un autre délit un moyen de modifier la qualification de sa condamnation et d'éviter par là la condamnation encourue à raison du premier délit, qui serait entrée en ligne de compte pour la récidive et fut effacée par la condamnation plus forte du deuxième délit, c'eût été une prime accordée à la multiplication des délits et à une catégorie de malfaiteurs qui n'eût point manqué d'en profiter, aux délinquants d'habitude. C'est là, croyons-nous, la véritable raison pour laquelle la jurisprudence s'est engagée dans la voie que lui indiquait la doctrine, et qui eût exigé

l'extension de cette solution à toutes les hypothèses. Le concours d'infractions eût ainsi cessé d'être considéré comme présentant à l'appréciation du juge un délit complexe unique, pour devenir la réunion d'infractions multiples conservant chacune son individualité propre, passibles chacune d'une peine spéciale, la plus forte devant seule être subie.

En réalité, comme nous le disions un peu plus haut, non seulement la Cour de cassation s'est refusée à suivre la doctrine et à poser un principe général d'individualisation des délits en cas de concours d'infractions, mais dans les cas où elle a permis la multiplicité des condamnations, elle s'est refusée à en faire un devoir pour le juge. Celui-ci peut; il ne doit pas prononcer une peine à raison de chacune des infractions qui lui sont simultanément soumises.

Cette jurisprudence était donc très critiquable, soit en théorie, soit en pratique. Elle était critiquable en théorie; car elle ne s'inspirait d'aucune définition précise du concours d'infractions. Constitue-t-il un délit ou des délits? En principe la Cour de cassation semblait admettre qu'il constitue un délit; en pratique, elle le traitait comme s'il constituait plusieurs délits distincts.

Engagée dans cette voie, elle s'arrêtait en route, et réussissait par cette solution bâtarde à traiter moins sévèrement le criminel que le simple délinquant correctionnel. En fait, cette jurisprudence s'explique par les circonstances; c'est au cas de concours de délits punis d'une même peine d'emprisonnement que la Cour de cassation l'avait consacrée.

Elle paraît au surplus, comme nous l'avons déjà indiqué, entièrement revenue, et depuis septembre 1898 une série d'arrêts a, contrairement à celui du 24 mars, déclaré qu'une seule peine devait être prononcée, celle du délit le plus grave.

Nous devons donc étudier le seul remède que la Cour de cassation applique encore aux inconvénients de cette solution simpliste.

C'est la théorie de l'indivisibilité.

Théorie de l'indivisibilité. — Au cas où le juge à raison de délits cumulés fait application d'une seule peine — la plus forte — ainsi que la Cour de cassation lui en a toujours laissé la faculté et le lui ordonne aujourd'hui, y a-t-il lieu de considérer les délits secondaires comme absorbés par celui dont la peine a été infligée? Ou, au contraire, malgré l'unité de peine, y a-t-il pluralité de délits punis? C'est à cette dernière solution que la Cour suprême s'est arrêtée. Il y a pluralité de délits, mais unité de peine : « La condamnation a un caractère indivisible, répète la Cour de cassation, et s'attache à chacun des délits dont l'inculpé a été convaincu et déclaré coupable » ; on voit immédiatement à quelles conséquences conduit cette théorie de l'indivisibilité de la peine et de la pluralité des délits. Dans tous les cas où pour une raison quelconque, l'un des délits cumulés viendra à être effacé, il n'en sera pas de même de la peine ; car les autres délits survivent au délit effacé, et la peine indivisible trouve encore un soutien légal qui explique sa survie légale au délit effacé. Il en est de même pour ce qui est de la récidive. Chacun des délits cumulés a été l'objet d'une condamnation et frappé d'une peine indivisible. Lorsqu'il s'agira de faire le compte des condamnations pouvant servir de base à la rélégalion les délits cumulés les moins graves entreront en ligne aussi bien que s'ils avaient été directement punis, car ils ont tous été également déduits en justice, et réprimés d'une peine indivisible. La Cour de cassation a surtout été amenée à faire application de cette théorie de l'indivisibilité en cas d'amnistie et en cas de récidive de la loi du 27 mai 1885,

mais nous ne doutons pas qu'à l'occasion elle n'en étende la solution à la récidive du code pénal.

Cette jurisprudence ne remonte pas au delà de 1886 et mérite d'être exposée avec quelques détails.

Remarquons immédiatement que la théorie de l'indivisibilité est impossible à admettre lorsqu'à raison de délits cumulés le condamné a encouru deux peines de nature et de degré différents. Peut-on dire qu'une peine de réclusion s'applique indivisiblement à un délit à raison duquel la loi ne prononce qu'une simple peine de prison ? Evidemment non. De là donc une première brèche au principe de l'indivisibilité de la peine et de la pluralité des délits.

Reste l'hypothèse où les peines encourues à raison des délits cumulés sont de même nature et de même degré, par exemple, deux peines d'emprisonnement.

La Cour de cassation décide que la peine prononcée s'applique indivisément à chacun des délits. Nous allons voir à quelles difficultés ce principe se heurte dans son application pratique soit au cas d'amnistie ou de cassation, soit en matière de récidive.

Au cas d'amnistie du délit le plus grave ou de cassation de la partie du jugement relative à ce délit, la Cour de cassation décide que la peine s'appliquant indivisément à l'un et à l'autre délit, doit être subie alors même que l'un des délits cumulés serait amnistié ou légalement anéanti, le délit amnistié ou effacé serait-il le délit le plus grave. Nous avons déjà, dans notre examen des inconvénients de l'application littérale de l'art. 365, montré l'anomalie à laquelle on est conduit dans les cas d'amnistie ou de cassation. L'amnistie ou la cassation prononcée à raison du délit le plus grave entraîne l'impunité complète des délits les moins graves. Aussi s'explique-t-on que la Cour de cassation ait à plusieurs

reprises décidé que la peine prononcée devait continuer à recevoir exécution ⁽¹⁾.

Mais, le principe posé, on s'est heurté en pratique à des difficultés du même genre que celles qui se présentent au cas où les délits cumulés sont punis de peines de nature ou de degré différents. Il est possible, en effet, que la peine prononcée au cas de cumul de délits excède le maximum de la peine théoriquement applicable au délit le moins grave. Pourra-t-on, sans violer la loi, faire subir, à un condamné qui a bénéficié d'une amnistie, une peine supérieure à celle qu'il aurait encourue à raison du délit le moins grave? Ce serait transformer une mesure de faveur en une mesure de rigueur. Ce serait donc violer la loi qui prononce la peine en excédant ses dispositions et violer la loi d'amnistie en n'en appliquant pas le bienfait. Pour toutes ces raisons, la Cour de cassation décide que la peine primitivement prononcée à raison de plusieurs délits devra être réduite au cas d'amnistie du délit le plus grave, mais dans le cas seulement où cette peine excède le maximum de celle qui eût été applicable au délit le moins grave, s'il avait seul été commis ⁽²⁾.

(1) Cass., 23 mai 1878, S., 79. 1. 435. — On cite souvent comme faisant application du même principe l'arrêt du 11 août 1878, S., 78. 1. 436, à tort selon nous, car dans l'hypothèse de cet arrêt, le délit le plus grave n'avait pas été amnistié. Il s'agissait en effet d'un gérant de journal qui, par la publication d'un seul article, avait trouvé le moyen de commettre trois délits : 1^o le délit de publication d'une fausse nouvelle ; 2^o le délit d'outrages à un fonctionnaire public ; 3^o le délit de diffamation à l'égard du même fonctionnaire. — Une loi du 2 août 1878 intervint qui amnistia tous les délits prévus par la loi du 17 mai 1818 et les autres lois sur la presse subséquents à l'exception des délits d'outrage aux bonnes mœurs et de diffamation. L'arrêt maintint la condamnation à 15 jours de prison et 1.000 francs d'amende, prononcée contre le gérant. Peut-on dire qu'il y a vraiment ici application du principe de l'indivisibilité? Le délit le plus grave, c'est-à-dire le délit de diffamation, n'avait pas été amnistié et c'est sa peine qui avait seule été prononcée, quel effet pouvait avoir l'amnistie des autres délits non punis en tant que délits séparés?

(2) Cass., 14 fév. 1895, S., 96. 1. 181.

Dans le cas contraire, la peine sera subie dans son entier ⁽¹⁾. La même solution s'applique au cas de cassation.

Nous ne saurions approuver cette jurisprudence, car si l'amnistie est une mesure de faveur, elle perd ce caractère au cas où elle est prononcée à raison de l'un des délits cumulés. Elle le perd, car si la peine primitivement prononcée à raison de deux délits n'excède pas le maximum applicable au délit le moins grave, elle continue à être subie dans son intégralité, l'amnistie reste sans influence. Elle le perd encore, au cas où la peine prononcée excède ce maximum. La Cour de cassation la ramène à ce maximum. Rien ne prouve cependant que le délinquant ait encouru le maximum à raison du délit le moins grave et, dans la plupart des cas, il apparaîtra nettement, au contraire, que le juge n'en a pas été très impressionné.

Cette solution est donc beaucoup trop rigoureuse.

Il en est de même au cas où le délit le plus grave n'a pas été légalement établi et où la partie de l'arrêt qui le déclare constant est déclarée non-avenue. La Cour de cassation maintient la peine prononcée, quand elle ne dépasse pas le maximum applicable au délit qui reste. N'est-il pas cependant probable et même certain que le juge eût prononcé une peine plus douce s'il n'avait eu que ce délit à juger et à punir?

Mais ce principe de l'indivisibilité soulève encore bien plus de difficultés lorsqu'il s'agit d'en faire l'application au cas de récidive. Et c'est cependant surtout à cette occasion que la Cour de cassation a imaginé cette curieuse théorie. Dans bien des cas, en effet, la théorie classique du cumul des délits aboutissait à constituer un obstacle légal à l'application de la relégation. La question se posa pour la première fois en

(1) Vidal, p. 361.

jurisprudence devant la cour de Bourges, qui, par un arrêt du 27 janvier 1886, relégua un individu coupable de délits cumulés, dont le moins grave seul suffisait à parfaire le nombre des condamnations nécessaires pour qu'il y ait lieu, dans les conditions normales, d'appliquer cette peine accessoire. Etant donné le nombre considérable des délinquants d'habitude dans nos sociétés modernes, la question ne tarda pas à se poser devant la Cour de cassation. Cette dernière suivit la jurisprudence inaugurée par la cour de Bourges, et par un arrêt du 27 mai 1886 décida que tout délit cumulé, serait-il le délit le moins grave, devait être compté dans le calcul de la récidive de la loi du 27 mai 1885, quoique le jugement ou l'arrêt de condamnation n'eût pas prononcé une peine à raison de chaque délit ⁽¹⁾. Dans l'espèce, il s'agissait d'un individu dont le casier judiciaire portait sept condamnations dont deux à plus de trois mois pour délits spécifiés au § 3 de l'art. 4 de la loi du 27 mai 1885 ; trois pour vagabondage à moins de trois mois et deux à plus de trois mois mais pour vagabondage et tenue de loterie non autorisée (art. 410 C. pén.). Le délit de tenue de loterie non autorisée est puni de peines plus fortes que le délit de vagabondage. Cette circonstance du cumul du délit de vagabondage avec le délit de l'art. 410 suffisait à faire obstacle à la relégation, si la condamnation à raison de ces délits cumulés était considérée non comme une condamnation à la fois pour vagabondage et pour tenue de loterie non autorisée, mais simplement comme une condamnation à raison du délit le plus grave, celui de tenue de loterie non autorisée. La Cour de cassation admit que cette circonstance ne saurait faire obstacle à l'application de la

(1) S., 86. 1. 335. — Dans le même sens, Cass., 10 juin, 25 juin, 26 juin, 1^{er} juillet 1886, S., 86. 1. 396 ; 5 août 1886, D. P., 87. 1. 233 ; 21 juillet 1893, D. P., 96. 1. 271 ; 10 janv. 1896, S., 98. 1. 150.

relégation, et ce pour un double motif, un motif d'ordre théorique et un d'ordre pratique.

Un motif d'ordre théorique, l'arrêt portait que la condamnation (à raison des délits cumulés) a un caractère indivisible et s'attache à chacun des délits dont l'inculpé est convaincu et déclaré coupable. Un motif d'ordre pratique, l'impossibilité d'admettre que lorsqu'un récidiviste est condamné par le même jugement pour deux délits dont un seul compte en vue de la relégation, il pourra, si le délit concomitant est plus grave, échapper à l'application de la loi du 27 mai 1885, et bénéficier ainsi d'une atténuation de peine résultant d'une plus grande culpabilité.

L'obstacle légal auquel se heurtaient les tribunaux pour prononcer la peine de la relégation au cas où, dans les condamnations antérieures ou les condamnations actuellement encourues, il s'en trouvait de prononcées ou de susceptibles d'être prononcées à raison de délits cumulés, se trouvait ainsi levé : la peine est indivisible, chaque délit cumulé est censé avoir été déduit en justice et puni. Pour savoir dès lors s'il y avait lieu d'appliquer ou non la relégation, il suffisait de se demander : 1° si le nombre de condamnations requis par la loi était atteint; 2° si ces condamnations avaient prononcé une peine d'assez longue durée, au cas où la loi de 1885 exige non seulement un certain nombre de condamnations, mais un certain nombre de condamnations d'une durée déterminée. Ce compte fait, peu importait que ces condamnations s'appliquassent à un délit unique ou à des délits cumulés.

Tel est l'arrêt qui a servi de point de départ à l'extension de la théorie de l'indivisibilité au cas de récidive de la loi de 1885. Depuis, la jurisprudence de la Cour de cassation ne s'est jamais démentie. Elle est restée fidèle à son principe et elle en a fait une scrupuleuse application.

Cette jurisprudence tout arbitraire qui se permet de tourner purement et simplement l'art. 365, se heurte dans son application pratique à de nombreuses difficultés. Elle se heurte notamment à des difficultés du même genre que celles que nous avons déjà rencontrées à l'occasion de l'amnistie.

Pourra-t-on, ici encore, considérer comme servant de base à la récidive un délit cumulé qui, normalement, eût emporté la peine de l'emprisonnement, et qui, par suite de la théorie de l'indivisibilité, se trouve frappé de réclusion? C'est là une conséquence absolument inadmissible. Et si on ne le traite pas comme puni de réclusion, à quel taux évaluera-t-on la peine absorbée par celle de la réclusion? Qui fixera ce taux? Et avec quels éléments d'appréciation, surtout si le délit remonte à une époque déjà ancienne, huit ou dix ans par exemple?

La question ne s'est pas présentée, à notre connaissance, devant la Cour de cassation, mais il est vraisemblable qu'elle eût appliqué la distinction qu'elle a faite au cas de multiplicité de peines prononcées à raison des délits cumulés et qu'elle eût restreint l'application de la théorie de l'indivisibilité au cas où les peines encourues sont de même nature et de même degré. Singulière distinction, dès lors, qui ici encore aboutit à traiter plus sévèrement le cumul de simples délits que le cumul d'un crime et d'un délit.

Au reste, même au cas de cumul de délits emportant des peines de même nature et de même degré, l'application du principe de l'indivisibilité est loin d'aller d'elle-même.

Nous avons déjà eu l'occasion d'observer que la loi de 1885 exige, pour qu'il y ait récidive, non seulement un nombre déterminé de condamnations, mais des condamnations d'une certaine durée. La peine prononcée à raison de plusieurs délits cumulés sera-t-elle considérée comme afférente pour le

total à chaque délit et par conséquent à celui qui entre en ligne de compte pour le calcul de la récidive, même quand ce délit sera le moins grave ? C'est là une conséquence déduite par la Cour de cassation dans son arrêt du 27 mai 1886. « Cette indivisibilité, dit l'arrêt, ne permet pas de rechercher dans quelle proportion la peine s'applique à chacun des délits reconnus constants ». La loi du 27 mai 1885, en exigeant des condamnations d'une nature et d'une durée déterminées, n'a fait aucune exception pour le cas où l'une d'elles serait afférente à un délit entraînant la relégation et à un délit concomitant.

C'est une déduction qui nous paraît inadmissible, car il est presque incontestable que le juge n'eût pas prononcé la même peine à raison de chacun des délits s'il avait eu à les punir séparément. Et dès lors, quelle règle suivre pour déterminer la quotité de la peine afférente à chaque délit ? Le remède à l'obligation où se trouve le juge de ne prononcer en raison de délits cumulés qu'une peine, remède que la Cour de cassation a cru trouver dans la théorie de l'indivisibilité, est encore pire que le mal. Car s'il permet de vêtir l'art. 365 en ne prononçant qu'une peine, il viole manifestement l'esprit de la loi qui est tout empreinte d'humanité et d'indulgence ; il viole certainement la volonté du magistrat qui n'eût point prononcé à raison d'un seul délit la peine qu'il a jugée suffisante pour deux ou plusieurs.

M. Villey fait une distinction : On est certain, dit-il, que le délit spécifié doit compter pour la relégation toutes les fois que la loi de 1885 n'exige pas que la condamnation prononcée à son sujet ait atteint un quantum déterminé (art. 4, § 4, loi de 1885). On en est encore certain toutes les fois que le délit le plus grave compte seul pour la relégation et que la peine prononcée par le juge dépasse de la quotité nécessaire le

maximum de la peine du délit le moins grave qui ne compte pas.

La distinction est évidemment ingénieuse et, dans le premier des cas cités par Villey, elle peut paraître vraiment utile; quant au second, nous n'hésiterions pas un seul instant à faire compter pour la relégation une peine égale, ou supérieure à la quotité exigée, prononcée à raison de délits cumulés, mais encourue par le plus grave spécifié.

On ne peut au reste accepter une théorie par cela seul que dans un cas spécial elle aboutit à des conséquences désirables. La vraie question est de savoir s'il est possible de faire compter pour la relégation le délit cumulé le moins grave seul spécifié, alors que rien ne permet de savoir quelle peine le juge lui aurait en fait appliquée s'il avait seul été commis.

Et dans la plupart des espèces, il ne sera pas seulement difficile de s'en rendre compte, ce sera véritablement impossible.

Nous avons signalé plus haut l'hypothèse prévue par l'art. 58 du code pénal et dans laquelle le minimum de la peine encourue par un délit doit être porté au double de celle qui a été effectivement prononcée à raison d'un délit semblable ou assimilé.

Comment fera-t-on fonctionner ici la théorie de l'indivisibilité si le délit semblable ou assimilé, déclaré constant par un jugement définitif, n'a pu être individuellement puni? Faudra-t-il arriver à dire que la peine prononcée à raison du délit plus grave étant censée s'appliquer aussi au moins grave, c'est cette peine qu'il faudra doubler, alors même qu'elle serait supérieure au maximum applicable au moins grave? Le juge devra-t-il déterminer arbitrairement la peine qui était applicable au délit le moins grave dont il n'est plus saisi? Ici encore, il est impossible de faire jouer la théorie

de la Cour de cassation et notre conclusion très formelle est qu'il faut la rejeter avec les conséquences antijuridiques auxquelles elle conduit.

Peut-on, en effet, accepter une règle qui, dans son application, subit des exceptions si nombreuses qu'elles arrivent à la paralyser complètement? Nous avons vu comment le principe solennellement posé par l'arrêt du 27 mai 1896 : « Cette indivisibilité ne permet pas de rechercher dans quelles proportions la peine s'applique à chacun des délits reconnus constants », se heurte en pratique, soit au cas où ils emportent des peines de nature différente, soit même au cas où ils emportent des peines de même nature et de même degré, à des difficultés insurmontables, comment ses déductions les plus logiques sont inadmissibles parce qu'injustes ou contraires à la loi. Il eût incontestablement mieux valu que la Cour de cassation, qui, dans plusieurs arrêts, avait paru se décider à rompre avec le texte de l'art. 365, non seulement persistât, mais encore généralisât son système et étendit à tous les cas le principe de l'indivisibilité des délits cumulés, en obligeant le juge à prononcer, à raison de chacun des délits compris dans la même poursuite, une peine distincte, sauf à ne faire exécuter que la plus forte. Elle eût ainsi évité toutes les complications, toutes les contradictions auxquelles aboutit sa théorie arbitraire de l'indivisibilité de la peine.

Le remède de la jurisprudence nous paraît donc encore plus critiquable que celui de la doctrine.

Quelle solution donnerons-nous dans ces conditions à cet ensemble de problèmes extrêmement délicats que soulève l'application du non-cumul des peines au cas de poursuites simultanées?

Nous examinerons successivement, suivant notre méthode première, le cas d'obstacle à l'exécution de la peine prononcée

à raison du délit le plus grave et la question de l'influence du concours d'infractions sur la réalisation des conditions requises pour qu'il y ait récidive.

Avant d'entrer dans les détails, rappelons brièvement notre conception du concours d'infractions. Un seul délit, avons-nous dit, est déduit en justice et frappé par le juge, le plus grave. Les autres délits influent sur sa répression et jouent par rapport à lui le rôle de circonstances aggravantes judiciaires. Ils perdent, au point de vue de la répression, leur caractère individuel.

Les obstacles légaux à l'exécution de la peine la plus forte prononcée à raison du délit cumulé le plus grave peuvent provenir d'une amnistie ou d'une cassation.

Le cas de cassation ne nous paraît pas pouvoir faire vraiment difficulté. Si le fait, considéré comme le délit cumulé le plus grave, apparaît seul à la Cour de cassation comme n'ayant pas pu être réprimé, nous ne concevrons pas, en effet, une cassation sans renvoi. La Cour suprême ne peut pas se contenter de casser *parte in qua*, en supprimant la partie de l'arrêt qui constate le fait illégalement établi, parce que la peine a été prononcée en considération de ce fait. Elle doit renvoyer devant d'autres juges pour l'application de la peine du délit subsistant.

Si c'est en face d'une loi d'amnistie que nous nous trouvons, nous nous inspirerons du même principe. Le délit principal a seul été jugé sur la première poursuite; les autres délits ne sont intervenus que comme circonstances aggravantes; l'existence du délit plus grave qu'eux-mêmes ne permettrait pas de leur appliquer une peine distincte. L'effacement rétroactif de ce délit plus grave leur restitue leur caractère de délits séparés et ils sont susceptibles alors d'être traités comme chef principal et direct d'accusation; de nouvelles poursuites seront possibles.

On objectera peut-être à cette solution, déjà préconisée par M. Lair ⁽¹⁾, qu'elle est contraire au principe de l'autorité de la chose jugée. En réalité, il n'en est rien. Les délits autres que le délit le plus grave n'avaient pas été jugés en tant que délits : le jugement qui, sans prononcer de peine contre eux, les a déclarés constants et n'a appliqué que la peine du délit le plus grave, est rétroactivement anéanti comme ce délit lui-même, par l'amnistie. Rien ne s'oppose donc à ce qu'un nouveau juge soit saisi.

Quelle peine appliquera-t-il ? La peine du délit survivant à l'amnistie. Mais il va de soi que, se pénétrant de la pensée de l'amnistie et des intérêts de la société dont il a la garde, il appliquera une peine conciliant à la fois les droits de la société et ceux du condamné amnistié. Il atténuera la répression sans la supprimer en tenant compte de la peine déjà subie quand elle l'aura été, et, au cas où la peine prononcée en fait avant l'amnistie serait inférieure au maximum de la peine afférente en droit, au délit qu'il doit maintenant juger seul, nous lui conseillerons de ne pas l'aggraver. Il devra même normalement rester en dessous.

Ainsi croyons-nous réussir, en respectant le texte de la loi, à sauvegarder tous les intérêts. Nous n'accordons pas à un délit une impunité scandaleuse et le condamné bénéficie, dans la mesure où la justice l'exige, du bienfait de l'amnistie ⁽²⁾.

Reste maintenant à déterminer dans quelle mesure les

⁽¹⁾ Lair, *Rev. prat.*, X, p. 32 et 33.

⁽²⁾ Les nouvelles poursuites ne seront naturellement possibles que dans la mesure où il n'y a pas prescription du ou des délits les moins graves. La déduction en justice comme circonstance aggravante doit être considérée comme un acte de poursuite interrompant la prescription. De nouvelles poursuites ne seront possibles que si elles interviennent trois ans ou dix ans après la condamnation, suivant les cas.

délits les moins graves parmi les délits cumulés peuvent servir de base à la récidive.

En principe, n'ayant été déduits en justice que comme circonstances aggravantes, ils ne sauraient jouer le rôle de délits et compter pour la récidive.

Cette solution seule légale aboutit à des résultats fâcheux. Un individu condamné à raison de délits cumulés peut bénéficier d'un traitement de faveur absolument immérité. Mais la loi est ainsi faite et, quoique mal faite, le commentateur et le juge doivent l'appliquer rigoureusement. C'est au reste le seul moyen d'amener le législateur à corriger les imperfections ou les défauts de son œuvre, l'expérience nous apprenant comment, en se fiant aux redressements de la jurisprudence, il laisse se perpétuer des controverses qu'une légère modification de texte pourrait sur beaucoup de points éviter.

Il est du reste un moyen d'atténuer sérieusement les inconvénients pratiques de notre solution. Il suffirait de décider — et cela est évidemment logique — que, pour savoir lequel de deux ou de plusieurs délits est puni de la peine la plus forte, les peines accessoires et complémentaires et la question de relégation doivent entrer en ligne de compte.

Un délit ne serait-il passible que d'un mois de prison et un autre de huit mois, il est bien certain que si le premier délit doit compter d'après la loi de 1883 pour le calcul de la récidive et l'application de la relégation, il est puni d'une peine plus forte que le second délit, car, en réalité, la peine qui lui est applicable n'est pas seulement la prison, mais aussi la relégation. Et il ne faut pas avoir beaucoup pratiqué nos habitués de la correctionnelle pour avoir reconnu quelle terreur ils ont de la relégation et par suite quelle gravité cette peine prend à leurs yeux. Qu'importe au reste qu'un individu

subisse quelques mois de prison en plus ou en moins, si la relégation l'attend au bout de cette peine ?

Cette solution qui nous paraît indiscutable au cas où le délit cumulé vient parfaire le nombre de ceux qui sont exigés pour la relégation, pourrait même être étendue à tous les cas de concours de délits dans lesquels il en sera compris de susceptibles de servir de base à la récidive de la loi de 1885. Et dès lors, le juge pourrait considérer comme la peine la plus forte la peine qui, en apparence et par la comparaison brutale des chiffres légaux, apparaîtrait comme la plus faible et qui, en réalité, serait plus grave à raison de la relégation qu'elle contiendrait en puissance. Le juge aurait, en pratique, la faculté de prononcer le maximum de la peine applicable à ce délit de façon à concilier les inconvénients présentés par l'observation de l'article 365 au point de vue de la récidive, avec les nécessités d'une répression efficace. Cette solution, déjà esquissée à la fin de notre chapitre III, cadre du reste entièrement avec la thèse générale qui permet au juge de déterminer lui-même la peine la plus forte.

Tel est le système dont nous croyons devoir préconiser l'application. Sans doute, il est loin de nous satisfaire absolument, mais il nous apparaît comme un palliatif heureux aux conséquences fâcheuses d'une loi à compléter ou même à refaire, et comme un palliatif aussi efficace que la théorie de l'indivisibilité en même temps que plus respectueux des textes que la théorie de la doctrine.

Assurément, au cas de concours de crimes et de délits, si la différence des peines encourues à raison de chacun des délits cumulés est trop grande, notre solution sera inapplicable.

Nous en arrivons ainsi à traiter plus sévèrement que des individus moins responsables des individus plus coupables

devant la société. Mais n'oublions pas que la théorie de l'indivisibilité aboutit aux mêmes conséquences. Et si on nous objecte, malgré tout, ces conséquences, nous rappellerons que ce n'est pas nous qui les voulons, que c'est la loi qui les prescrit, et que dans tous les cas où la loi parle, elle doit être rigoureusement observée. Mais nous ajouterons que, dans la mesure où son langage n'est pas celui de la raison, le rôle de l'interprète est, tout en la respectant, de s'efforcer de la rapprocher de la justice sans espérer réaliser la justice absolue. C'est là ce que nous avons tenté de faire, et ainsi pensons-nous avoir concilié, dans la faible mesure où un texte étroit nous le permettait, les dispositions mêmes de ce texte avec les exigences impérieuses de la raison et l'intérêt de la société.

CHAPITRE V

Poursuites successives.

Il nous reste maintenant à envisager l'hypothèse où l'un des délits cumulés a été déjà l'objet d'une condamnation quand on poursuit le second.

Posons, dès le principe, qu'en l'absence d'un texte spécial les solutions données au cas de poursuites simultanées nous paraissent devoir être, dans toute la mesure possible, étendues à celui où les poursuites sont successives.

On comprendrait mal, en effet, qu'une simple circonstance de la procédure pût avoir une influence sur les pénalités encourues par un délinquant. Le ministère public aurait alors beau jeu pour ou contre l'accusé. Il dépendrait, en effet, dans bien des cas, de sa seule volonté de joindre ou de disjoindre les poursuites. Nos codes ont au reste manifestement appliqué le principe. L'article 365 reste encore la règle de fond applicable à notre matière. L'article 379, qui prévoit un cas spécial de cumul, n'intervient que pour modifier la procédure en la simplifiant; mais il n'apporte en quoi que ce soit une exception à la règle légale du non-cumul des peines édictée par l'article 365, siège du droit commun.

Ceci posé, le problème que nous avons à résoudre comporte une double distinction. Nous envisagerons le cas où les premières poursuites ont été exercées à raison du délit emportant la plus forte peine et le cas où ces mêmes poursuites ont

abouti à une condamnation moins sévère que celle encourue par le second.

Nous référant aux explications données au chapitre de la détermination de la peine la plus forte, nous remarquerons qu'il y a une peine définitivement connue dans son taux même, celle qui a été déjà prononcée, et une peine dont le taux reste à déterminer. Et sans nous attacher à la qualification légale de l'une ou de l'autre infraction, nous comparerons, pour savoir dans lequel de ces cas nous nous trouvons, la peine effectivement prononcée lors de la première poursuite à celle que la loi permet d'appliquer au délit nouvellement découvert.

La condamnation qui a terminé la première poursuite est-elle supérieure au maximum de celle qui pourrait intervenir à raison du second délit, la peine la plus forte a été prononcée. Cette condamnation est-elle au contraire inférieure à ce maximum, nous laisserons au juge le soin de nous faire savoir, en déterminant la peine nouvelle, dans quel cas nous nous trouvons. Est-elle inférieure au minimum de la peine portée par la loi contre le nouveau délit, nous saurons d'avance que la plus forte n'a pas encore été prononcée.

SECTION PREMIÈRE

LA PEINE LA PLUS FORTE A D'ABORD ÉTÉ PRONONCÉE

Au premier abord, il semble qu'il ne devrait y avoir aucune difficulté dans cette première hypothèse. La peine la plus forte ayant été prononcée et l'art. 365 disant qu'elle seule peut l'être, la vindicte publique est satisfaite. Ainsi que le disait autrefois la Cour de cassation : « Celui qui est mis en jugement et condamné pour un crime expie du même coup

les autres crimes moins graves et les délits correctionnels qu'il a commis. L'expiation résulte du fait de la condamnation prononcée pour le crime le plus grave; à raison des crimes expiés aucune condamnation n'est plus possible » (').

Tel est le principe en lui-même très simple. On s'étonne que son application ait donné lieu à tant de controverses et son interprétation à tant de divergences. En réalité, ici comme dans bien d'autres matières, le fait a influé sur le droit. Dans bien des cas la déduction en justice du délit puni de la peine la plus forte aboutissait à des conséquences fâcheuses, et le délinquant puisait dans un accident de la procédure un vrai motif d'impunité. Cet inconvénient se présente quand le maximum de la peine n'a pas été prononcé. Il n'est même pas certain, pour nous qui admettons l'intervention des délits secondaires comme circonstances aggravantes judiciaires, qu'une pareille interprétation ne viole l'intention du législateur.

Si le premier juge avait connu les fautes cumulées avec le fait plus grave dont il était saisi, il aurait probablement prononcé une peine plus forte que celle qu'il a appliquée, mais la découverte postérieure d'une simple circonstance aggravante judiciaire ne doit pas mettre en échec un principe aussi intangible que celui de la chose jugée.

On ne peut, c'est la solution que nous tenons à affirmer dès maintenant, prononcer une seconde peine, car la plus forte ne serait plus seule prononcée; on ne peut pas aggraver celle qui a été déjà prononcée, le juge ne pouvant plus être saisi du délit à raison duquel elle l'a été.

En présence d'inconvénients pratiques nombreux, la jurisprudence s'est décidée, non sans avoir longtemps hésité, à

(') Cass., 27 février 1824, 30 décembre 1830, 14 juillet 1832, S., 33. 1. 154.

adopter, d'une façon aujourd'hui complète, la théorie de la confusion qu'elle n'a consacrée que par intermittences, au cas déjà étudié de poursuites simultanées. Elle décide que chacun des délits cumulés, successivement déférés à la justice peut faire l'objet d'une condamnation. Cette condamnation est toujours inefficace quand la peine du second délit est inférieure en nature ou en degré à celle du premier. Les peines se confondent alors dans leur exécution.

Si les deux peines sont de même nature et de même degré et si la première n'a pas été portée par le juge à son maximum légal, elles se peuvent cumuler dans l'exécution elle-même jusqu'à concurrence de ce maximum. La disjonction des poursuites ne saurait profiter à l'accusé plus qu'au ministère public, et les mots de l'art. 365 : « La peine la plus forte sera seule prononcée » s'interprètent comme s'il y avait : « Le maximum de la peine légale la plus forte ne pourra pas être dépassé. Il pourra *toujours* être atteint ».

Cette jurisprudence, qui ne s'est jamais démentie au cours du XIX^e siècle, s'est même précisée dans ces dernières années.

La Cour de cassation l'applique pratiquement, en autorisant le juge à prononcer une seconde peine qui, additionnée à la première, n'excède pas son maximum, ou bien à en prononcer une nouvelle en décidant que, seule, la première, plus élevée par hypothèse, sera subie. Si le second arrêt ou jugement est resté muet sur la question, elle présume que le juge a entendu cumuler les deux peines jusqu'à concurrence du maximum le plus élevé.

Ces solutions nous semblent critiquables à plusieurs points de vue, soit qu'elles visent des peines de même nature et degré, soit qu'elles s'appliquent à des peines différentes.

En permettant de prononcer une peine qui ne sera pas exécutée, la Cour de cassation applique une théorie que nous

avons déjà eu l'occasion d'examiner et de repousser et qu'elle-même, dans ses derniers arrêts, a refusé de sanctionner au cas de poursuites simultanées, la théorie de la confusion, et elle viole l'art. 365 aux termes duquel une seule peine peut être prononcée. Elle le viole d'une façon plus complète encore quand elle décide que la seconde peine pourra être non seulement prononcée, mais aussi subie.

Certains auteurs ont cru devoir justifier cette dernière forme de la jurisprudence en alléguant qu'en réalité c'est la peine la plus forte seule qui est ici prononcée, car le second juge ne dépasse pas, pour la peine qu'il applique au nouveau fait, la portion laissée disponible par le premier sur la pénalité applicable au délit dont il était saisi. Nous répondrons alors que c'est permettre indirectement au second juge de modifier en l'aggravant une sentence devenue définitive.

De deux choses l'une, en effet : ou il y a réellement deux peines et l'art. 365 le défend, ou il n'y en a, en dépit des apparences, qu'une, dont la durée se trouve répartie sur les deux infractions et la première décision judiciaire doit être considérée comme retouchée, complétée et aggravée.

Pour toutes ces raisons, nous croyons devoir rejeter d'une façon complète la jurisprudence dont nous venons d'exposer les tendances. Sans doute, notre solution favorisera dans bien des cas le coupable : Un simple accident de la procédure atténuera la rigueur de la répression. Mais la jurisprudence ne l'admet-elle pas au cas où les peines afférentes aux délits cumulés diffèrent, soit par leur nature, soit par leur degré? Et si ces mots *la peine la plus forte* doivent être vraiment interprétés dans le sens du *maximum* de la peine la plus forte, dans le cas qui nous occupe, nous ne voyons aucune bonne raison de leur donner dans les autres cas une autre signification.

Rappelons ici quel est l'intérêt de la définition que nous avons donnée plus haut de la peine la plus forte. L'application d'une peine nouvelle sera possible toutes les fois que la peine effectivement prononcée à raison du premier délit ne sera pas égale, ou supérieure au maximum de celle qui est afférente au second. On ne pourra pas dire en effet, d'une façon certaine, que la peine la plus forte a déjà été prononcée. Le juge devra être saisi du nouveau fait. Nous aurons, au reste, l'occasion d'étudier spécialement cette situation sur laquelle il est superflu d'insister dès maintenant.

Si l'on veut, comme nous, admettre qu'il est impossible d'appliquer une condamnation aux délits cumulés les moins graves, après que le plus grave a été réprimé, il paraîtra logique de décider qu'on ne peut même pas tenter contre leur auteur de poursuites désormais sans objet.

Sur un point comme sur l'autre cependant, notre opinion conforme à celle des premiers commentateurs du code d'instruction criminelle se heurte à celle de la majorité des auteurs modernes et à celle de la Cour de cassation, qui, avant même d'autoriser le prononcé d'une peine quelconque comme elle le fait aujourd'hui, a reconnu au ministère public le droit de poursuivre.

L'évolution de sa jurisprudence est intéressante à mettre en lumière et son exposé nous permettra d'apprécier les arguments qui, tout d'abord repoussés par elle, ont fini par lui paraître déterminants.

Dans une première période qui va de 1810 à 1867, la Cour de cassation, après avoir interdit rigoureusement toutes poursuites ⁽¹⁾, les a autorisées, mais dans l'intérêt de la partie civile et du Trésor. C'est le cas notamment où un individu

(¹) Collet, *Revue critique*, 1867, p. 393 et 394 et arrêt cité.

auteur de délits et de crimes cumulés a été poursuivi et condamné en Cour d'assises.

La partie civile continue-t-elle à bénéficier de la compétence de la juridiction correctionnelle, pour obtenir les dommages qui lui sont dus à raison d'un délit correctionnel? La Cour de cassation décida l'affirmative sans aller plus loin. Et son arrêt n'autorisait nullement le tribunal correctionnel à appliquer à la délinquante la peine correctionnelle encourue par elle à raison de ce délit secondaire (1).

De même de nombreux arrêts avaient cassé sans renvoi des décisions violant l'article 365, mais avaient maintenu les condamnations aux frais de la poursuite.

La jurisprudence était encore indécise sur la question de principe. De nouvelles poursuites sont-elles possibles?

Un arrêt du 3 janvier 1867 vint proclamer solennellement le principe de la survivance de l'action publique à la première condamnation.

« Attendu que le droit de poursuivre tous les délits conféré au ministère public par l'art. 22 (C. inst. crim.), ne souffre d'exceptions que dans le cas prévu par les dispositions expresses de la loi; qu'aucune limitation à l'exercice de ce droit général ne résulte ni du texte ni de l'esprit des articles 365 et 379. Qu'on ne saurait prétendre que l'action publique est éteinte par l'épuisement de la pénalité, puisqu'elle a pour objet, non seulement l'application matérielle de la peine, mais la recherche de toutes les infractions, la poursuite de leurs auteurs, la déclaration de leur culpabilité, l'effet moral des châtimens encourus, les condamnations à prononcer au profit des parties civiles et du Trésor ».

Ainsi, d'après cet arrêt, la pénalité est épuisée mais l'ac-

(1) Cass., 8 juin 1841, aff. Lafarge, D., 45. 4. 322 et autre arrêt du 6 mai 1826, d'après Collet, p. 394.

tion publique survit à cet épuisement de la pénalité. Il importe au point de vue moral qu'un individu, coupable de plusieurs crimes ou délits, subisse l'humiliation d'autant de condamnations qu'il a commis de crimes ou délits. Il importe aussi, au point de vue purement juridique, de prononcer contre lui la condamnation encourue envers le Trésor et les parties civiles. Donc, d'après cet arrêt, l'action publique survit, la pénalité est éteinte; la condamnation ne portera que sur les frais du Trésor ou les dommages à accorder à la partie civile.

Ce n'est que plus tard que la Cour de cassation, faisant un pas de plus, admit que l'instance ainsi engagée pouvait aboutir au prononcé d'une nouvelle peine, et pour corriger ce que cette solution a d'arbitraire et de contraire aux termes de l'art. 365, elle recourait à cette théorie de la confusion que la doctrine veut étendre même au cas de poursuites simultanées.

Pour décider ainsi, la jurisprudence distinguait entre l'application et l'exécution de la peine. Ce que l'art. 365 a interdit, c'est le cumul de l'exécution de plusieurs peines, mais non le cumul d'application.

« Attendu que si aux termes de l'art. 365 C. instr. crim., en cas de conviction de plusieurs crimes ou délits, la peine la plus forte doit seule être appliquée, cette disposition ne peut faire obstacle à ce qu'un crime antérieur à une condamnation prononcée, même lorsqu'il ne pourrait être atteint que d'une peine égale ou inférieure, ne puisse être l'objet de poursuites; que cet article ne peut avoir pour effet et pour conséquence d'ôter à ce fait son caractère de crime ou de délit, mais seulement de faire obstacle à l'application d'une peine nouvelle ou plutôt de faire déclarer qu'elle se confondra avec celle déjà appliquée ». S., 81. 1, p. 333.

Et par une de ces coïncidences dont le hasard a le secret, ce principe une fois posé n'a pas tardé à trouver un vaste champ d'application pratique après le vote de la loi de 1885. L'intérêt de la question de savoir si une nouvelle peine pouvait être prononcée, s'est alors trouvé considérablement accru. Le délit cumulé poursuivi et puni en vertu de la nouvelle jurisprudence devenait dès lors susceptible de compter pour la relégation. Et par un arrêt du 16 mars 1889 suivi de beaucoup d'autres, dans le même sens la Cour de cassation proclamait solennellement cette conséquence ⁽¹⁾.

Cette jurisprudence est, au reste, approuvée par la très grande majorité des auteurs ; mais ces auteurs échappent au reproche d'illogisme que nous adressons à la Cour de cassation ; cette solution constitue simplement en effet l'extension de celle qu'ils ont donnée, au cas identique au fond, de poursuites simultanées ⁽²⁾. La Cour de cassation qui, dans ce cas, admet d'une façon générale la théorie de l'unité de peine, n'a pas, semble-t-il, de raisons sérieuses d'en admettre une toute différente au cas de poursuites successives. Si la peine la plus forte a été prononcée la première, rien n'est plus facile que d'exécuter le vœu de la loi en n'en prononçant pas d'autre.

C'est cette jurisprudence que nous devons maintenant critiquer en détail, et de même que nous avons distingué deux phases essentielles dans son développement, nous procéderons à une division symétrique de notre critique en exami-

⁽¹⁾ Cass., 18 mars 1889, S., 90. 1. 48 ; 28 fév. 1902, *Pand. franç. pér.*, 1902. 1. 351, *Mon. jud. Lyon*, 24 août 1901, *Pand. franç.*, v^o Peine, n. 300.

⁽²⁾ F. Hélie, *Traité de l'inst. crim.*, II, p. 1092 et s. ; Ortolan, *Eléments de dr. pénal*, II, p. 1818 ; Bertauld, *Cours de code pénal*, 4^e éd., p. 220 ; Garraud, *Traité*, II, p. 177 ; Hoffmann, *Quest. préjud.*, I, n. 38 ; Le Poittevin, v^o Peines (*Non-cumul des*), n. 4 ; Normand, *Dr. crim.*, p. 367 ; Vidal, *Dr. crim.*, n. 263 et s.

nant : 1° si de nouvelles poursuites sont possibles ; 2° si ces poursuites étant possibles, une nouvelle peine peut être prononcée.

Et d'abord, doit-on admettre avec la Cour de cassation que l'action publique survit à une première condamnation ayant appliqué la peine la plus forte ? Pour le décider ainsi, la jurisprudence s'appuyait, nous l'avons vu, sur l'art. 22 du Code d'instruction criminelle, sur les règles générales régissant l'action publique et d'après lesquelles l'action publique n'aurait pas pour but unique l'application de la peine.

L'art 22 confère, en effet, au ministère public le droit ou plutôt lui impose l'obligation d'exercer une poursuite à raison de tous les crimes ou délits qui parviennent à sa connaissance. La loi n'apportant soit expressément, soit tacitement, aucune exception à ce principe, les poursuites restent dans tous les cas possibles. Est-ce bien exact ? Et peut-on dire que dans l'hypothèse des délits cumulés aucun texte ne restreigne au moins indirectement le droit ou même l'obligation de poursuivre du ministère public ?

Car, pour que ce droit du ministère public s'exerce, il faut que l'action existe ; or, l'épuisement de la pénalité par une première condamnation semble bien devoir être considéré comme extinctif de l'action publique. A côté du décès du prévenu, de la chose jugée, de la prescription, de l'amnistie, la loi admet dans son art. 365 un cas d'extinction de l'action publique, l'épuisement de la pénalité.

Cette solution, proposée autrefois par d'excellents esprits, est conforme à l'esprit et au texte de la loi en même temps qu'aux règles générales applicables à l'action publique (1).

(1) En ce sens, Mangin, *De l'act. publ. et de l'act. civile*, II, p. 486, n. 458 ; Le Graverend, *Traité de la législ. crim.*, II, p. 609 ; Le Sellyer, *De l'exercice et de l'extinct. du dr. d'action*, I, p. 498, n. 356.

Elle est conforme à l'esprit de la loi; nous avons vu, en effet, comment la loi considèrerait l'ensemble formé par les délits cumulés comme une modalité juridique où un seul, celui qui entraîne la plus forte pénalité, jouerait le rôle de délit, les autres n'intervenant que comme circonstances aggravantes judiciaires. Nous avons aussi montré comment cette solution conciliait seule les intérêts et les devoirs de la société.

Est-il dès lors admissible qu'au cas de découverte d'une circonstance aggravante judiciaire de nouvelles poursuites soient possibles contre un fait qui, dans l'esprit du législateur, a perdu son caractère de délit individuellement punissable?

Il nous apparaît beaucoup plus exact de répéter, avec l'ancienne jurisprudence de la Cour de cassation, « qu'en subissant la peine la plus forte, le coupable expie tous les crimes passibles d'une peine de même nature ou d'une moindre gravité que celle qui lui a été appliquée », que de dire, avec la jurisprudence récente, « que l'art. 365 ne peut avoir pour effet et pour conséquence d'ôter à ce fait (le délit cumulé le moins grave) son caractère de crime ou de délit » (1).

Au surplus, notre opinion est seule conforme aux règles fondamentales sur lesquelles repose l'action publique. L'action publique, en effet, est instituée en vue de punir. Au cas où la répression est épuisée, peut-on soutenir que l'action publique subsiste? Il n'y a pas d'action sans droit, répète la procédure civile; il n'y a pas d'action publique sans peine, serons-nous tenté de dire dans une hypothèse symétrique de

(1) Cf. dans le même sens, mais pour des motifs un peu différents, Chauveau et F. Hélie, *Théorie du C. pén.*, I, p. 244; Ortolan, *D. P.*, n. 454; Collet, Examen doctrinal de jurisprudence, *Rev. crit.*, 1867, n. 2, p. 400.

procédure criminelle. Et ce faisant, nous nous bornerons à étendre à l'hypothèse du délit cumulé l'application d'un principe général de notre droit pénal : au cas de mort, au cas de prescription, aucune action n'est possible. Pourquoi ? Parce que cette action ne pourrait aboutir à aucune condamnation pénale. Sans doute et sans reparler du défunt, il y aurait un intérêt moral à déclarer coupable, indépendamment de toute répression effective, le bénéficiaire de la prescription ; on éviterait ainsi que les soupçons pèsent injustement sur des tiers. Au cas de nouveaux crimes ou délits, le juge appelé à en connaître trouverait, dans les arrêts ou jugements tout platoniques rendus contre le bénéficiaire de la prescription, une base sérieuse pour l'appréciation de la moralité du prévenu ou accusé. La loi en a décidé autrement. Quand la société cesse de se reconnaître le droit de punir, elle s'interdit par là même le droit de poursuivre.

Tel est le principe général. A-t-elle apporté une exception à ce principe en matière de délits cumulés ? Rien ne permet de le supposer. Appliquons donc le principe.

Sans doute l'arrêt de 1867 admet que l'action publique a pour objet non seulement l'application matérielle de la peine, mais les condamnations à prononcer dans l'intérêt des parties civiles et du Trésor. Mais c'est là méconnaître manifestement le caractère de l'action publique : appelée à protéger la société menacée ou lésée, elle ne saurait jamais dégénérer en une simple action civile.

Si le Trésor ou les particuliers ont subi un dommage du fait du second délit cumulé, nous leur accorderons volontiers une action civile devant le tribunal compétent à raison du taux de leurs réclamations. Mais nous n'irons pas plus loin. De quoi, au reste, pourrait bien se plaindre le particulier privé de la faculté de joindre son instance civile à l'instance criminelle ?

Peut-il invoquer un droit acquis ? Evidemment non ⁽¹⁾. Il s'agit d'une simple mesure de faveur destinée à accélérer la procédure et à éviter des frais. En aucun cas une faveur légale n'a constitué un droit. Et quant au Trésor, il n'est vraiment pas trop à plaindre de ne pouvoir recouvrer devant la juridiction pénale des frais engagés dans une poursuite illégale.

L'objection unique mais concluante, à notre sens, qui nous a fait refuser d'admettre la possibilité des poursuites, après que la peine la plus forte a été prononcée, a cessé de pouvoir être opposée à la Cour de cassation le jour où elle s'est décidée à professer, conformément à l'opinion de la majorité des auteurs, que les poursuites comportaient toujours une sanction pénale, efficace ou non.

Il est certain, en effet, que si la pénalité n'est pas épuisée, l'action publique n'est pas éteinte. La question se ramène donc à celle de savoir si on peut puiser dans l'art. 365 le droit de prononcer plusieurs peines, sauf à n'en faire exécuter qu'une, s'il est vrai de dire, avec l'arrêt du 29 juillet 1880, que « cet article ne peut avoir pour effet d'ôter à ce fait (le délit secondaire cumulé) son caractère de crime ou de délit, mais seulement de faire obstacle à l'application d'une peine nouvelle ou plutôt de faire déclarer qu'elle se confondra avec celle déjà appliquée ». Nous avons eu trop souvent l'occasion de critiquer cette manière de voir pour y revenir longuement. Remarquons cependant la différence radicale qui sépare les deux parties terminales de ce considérant. L'art. 365 fait obstacle à l'application d'une peine nouvelle ou plutôt il permet l'application de deux peines, mais en en ordonnant la confusion.

(1) Nous admettrions cependant que la partie civile a un droit acquis au cas où la première condamnation est intervenue postérieurement. En ce sens, arrêt Lafarge, *cit.*

De L. de L.

Il eût mieux valu, selon nous, violenter franchement le texte que nous présenter comme équivalentes deux propositions en réalité contradictoires. Les auteurs en usent autrement avec l'art. 365 et ils prétendent que ce texte ne contient pas, à proprement parler, une règle d'application des peines; il se soucie moins de la question théorique de l'application d'une ou de plusieurs peines que de la question beaucoup plus pratique : Quelle peine sera effectivement subie? C'est l'accumulation des peines et l'exagération de la répression que la loi a voulu prohiber, mais non la multiplicité des jugements ou des arrêts.

Que penser de cette argumentation? Nous avons déjà vu que la question de savoir si l'article 365 exige seulement qu'une seule peine soit subie, ou aussi qu'une seule peine soit prononcée est tout aussi pratique que théorique. La jurisprudence serait même directement issue des nécessités de la pratique. Reste à savoir dès lors si l'art. 365 ne s'oppose pas formellement à cette multiple application des peines.

La solution que nous avons déjà donnée à la question, au cas où les poursuites étaient simultanées, nous paraît s'imposer ici avec la même force et pour les mêmes raisons.

Elle se heurte, comme nous venons de le dire, aux mêmes inconvénients pratiques, mais notre réponse ne saurait varier suivant les cas différents. C'était au législateur et plus spécialement au législateur de 1885, puisque c'est la combinaison de la loi sur la relégation avec le principe du non-cumul qui fait surgir le plus de difficultés, qu'il appartenait ici comme là de les concilier. L'interprète ne peut modifier une loi formelle, et prononcer une peine après qu'une autre plus forte l'a été déjà, c'est violer manifestement le texte aux termes duquel la peine prononcée pouvait *seule* l'être.

Nous avons vu souvent diriger contre cette solution une

objection qui paraît devoir la ruiner. Si, en effet, on décide que la peine la plus forte a été prononcée quand, bien qu'inférieure en fait à celle que les faits nouvellement poursuivis ont méritée, la sanction du premier délit a été prise sur un maximum plus élevé, on aboutit à cette conséquence qu'une condamnation à un an de prison, par exemple (sur cinq) exonèrera le coupable d'une peine de quatre ans, par exemple, maximum applicable au nouveau délit.

Mais ainsi que nous l'avons déjà observé, la notion que nous avons cherché à faire prévaloir pour la détermination de la peine la plus forte nous permet d'échapper à cette objection.

On pourra toujours poursuivre et punir le second délit quand la peine qui lui est afférente sera plus forte que celle qui a été déjà effectivement prononcée, et ainsi nous croyons répondre victorieusement à l'argument de certains auteurs qui nous reprochent, par l'interdiction de nouvelles poursuites, d'enlever au juge le droit incontestable de qualifier le second délit et par suite de dire si la peine la plus forte a été prononcée.

Nous rappellerons, en terminant cette section, que, comme au cas de poursuites simultanées, l'effacement rétroactif de la condamnation afférente au délit le plus grave, par l'amnistie, la cassation ou la revision, effacera l'obstacle légal qu'oppose la situation du cumul à l'application de la peine la moins grave. Le cumul n'était qu'apparent, en réalité il n'existe pas et tant que la prescription n'est pas acquise le nouveau fait peut être poursuivi.

SECTION II

LA PEINE DÉJÀ PRONONCÉE EST MOINS GRAVE QUE CELLE ENCOURUE PAR
LE SECOND FAIT

Les solutions que nous avons jusqu'ici données constituent l'application littérale d'un texte dont la rédaction est aussi nette que possible. Nous croyons aussi être resté fidèle à son esprit en décidant que son principe formulé à l'occasion de poursuites simultanées tend à faire considérer comme une infraction unique l'ensemble des délits cumulés et à permettre au juge de les punir tous à la fois par la peine du plus grave, dont le taux s'impressionnera de la circonstance particulière du cumul.

Dans l'hypothèse à l'examen de laquelle nous arrivons maintenant, il n'est pas possible de faire l'application de l'art. 363, il n'est pas possible, disons-nous, quelque effort d'imagination, d'interprétation ou de déformation qu'on veuille tenter, de ne pas violer à la fois la lettre et l'esprit de l'art. 363.

Une seule peine, la plus forte, nous dit-il, doit être prononcée. Si la disjonction des poursuites, nécessitée dans bien des cas par l'ignorance où l'on se sera trouvé de la pluralité des infractions, a amené sur une première poursuite l'application de la peine la moins grave, ou l'on s'en tiendra là et l'art. 363 sera violé en ce sens que la peine la plus forte n'aura pas été prononcée, ou l'on prononcera la peine la plus forte et l'art. 363 sera encore violé en ce sens qu'elle n'aura pas été seule prononcée.

Nous n'hésiterons pas un seul instant à proclamer que violation pour violation, c'est la seconde que nous adopterons, estimant avec tous les auteurs que la disposition la plus

essentielle de l'article est celle qui vise le prononcé de la peine la plus forte et non celle qui interdit d'en prononcer d'autres.

Dans l'impossibilité absolue où l'on se trouve d'appliquer à notre hypothèse la loi générale, il faut, sous peine de déni de justice, que la jurisprudence crée un système qui, tout en restant conforme aux principes généraux du droit pénal, se rapproche autant que possible du non-cumul et permette au délinquant de bénéficier de cette règle de faveur, — et la confusion des peines est tout d'abord apparue comme le correctif nécessaire de cette impuissance.

Ainsi que l'exposé des variations de la jurisprudence au cas où la peine la plus forte avait été prononcée la première nous l'a montré, la Cour de cassation a, en effet, longtemps, dans ce cas, interdit de nouvelles poursuites, et c'est seulement à raison de la situation inverse qui nous occupe maintenant que la théorie de la confusion a pu s'élaborer.

Comme elle a été, dans la suite, considérablement étendue, comme même la majorité des auteurs modernes veulent en faire la théorie générale applicable même au cas de poursuites simultanées, nous avons déjà eu l'occasion de la critiquer. Rappelons qu'ici elle aurait pour conséquence de permettre au juge de prononcer la peine la plus grave, mais en lui enjoignant de décider que la première s'absorbera en elle pour l'exécution, ce qui lui laissera son individualité propre au cas où la plus grave viendrait à disparaître ou à ne pas être subie, ce qui lui laissera en outre produire tous ses effets au point de vue de la récidive et de la relégation.

La constatation de ces conséquences suffit à nous montrer combien, au moins pour nous qui avons cru devoir les repousser dans les hypothèses déjà étudiées, la situation du condamné sera modifiée par cette circonstance de procédure qui,

en thèse, doit cependant rester indifférente à l'application d'une règle de fond, d'une règle même qui a supprimé le caractère de délits individuellement punissables des infractions les moins graves.

Cette raison nous paraît avoir à elle seule assez de force pour nous faire écarter ici encore la théorie de la confusion elle-même, et nous serons d'autant plus à l'aise pour le faire qu'elle n'est expressément consacrée par aucun texte, et qu'elle viole même directement le principe de l'autorité de la chose jugée si souvent mis en cause dans notre matière.

Il répugne en effet à l'esprit général de notre législation de permettre au juge de revenir, pour quelque cause que ce soit, sur une sentence émanée, soit de lui-même, soit d'une juridiction égale, inférieure ou supérieure. Les textes relatifs à la révision ont toujours été considérés comme de très étroite interprétation, et nous ne croyons pas que ce soit dans un article aussi général que l'art. 363, que le juge puisse trouver la faculté de modifier une décision devenue irrévocable faute par le condamné de s'être pourvu contre elle, suivant les formes et dans les délais légaux.

Est ce à dire qu'à notre sens le juge devant prononcer la peine la plus forte qui ne l'a pas encore été, la plus faible doit également être subie, quand elle ne l'a pas encore été ou continuer de l'être quand l'exécution en a été commencée? Assurément non, et plutôt que d'en arriver là, nous préférons, en l'absence de toute règle légale, nous rallier entièrement à la théorie arbitraire de la confusion dans une matière où il peut sembler que l'arbitraire soit une nécessité.

Mais l'arbitraire est-il vraiment ici une nécessité? et n'existe-t-il pas dans le code d'instruction criminelle et dans le titre même où le principe du non-cumul a été posé, une règle qui, bien que formulée comme le principe lui-même,

sur une hypothèse particulière peut être considérée comme applicable non seulement à l'exception étroite que ses termes semblent régir, mais encore à l'exception plus générale qui constitue notre hypothèse?

Nous avons eu à différentes reprises l'occasion de signaler et même de citer l'art. 379 du Code d'inst. crim.; nous avons montré comment la tradition historique dont cet article est le terme a été rompue par l'apparition de l'art. 365 qui le dépasse, mais en parlant de la circonstance de procédure sur laquelle il intervient, nous entendions parler de l'hypothèse générale où la peine prononcée la première était la plus faible (1).

Que décide en effet ce texte, dans son alinéa à forme abstraite? « Le procureur général surseoira à l'exécution *de l'arrêt* qui a prononcé la première condamnation, jusqu'à ce qu'il ait été statué sur le second procès ».

La seule raison possible de cette obligation de surseoir à l'exécution de l'arrêt imposée au ministère public, c'est, à notre sens, que si la condamnation prononcée à raison des faits nouveaux est plus forte que celle déjà prononcée, ce qu'il est d'ores et déjà permis de prévoir, le premier arrêt ne pourra pas être exécuté. Le sursis est une mesure provisoire que l'intervention de la condamnation nouvelle transformera en mesure définitive.

(1) C'est aussi sur cet article rapproché de ses antécédents historiques que se fondent les partisans de la théorie de la confusion. Ce qui en ressort, à notre sens, c'est seulement que la peine la plus forte seule doit être subie (Loi des 16-29 sept. 1791, art. 38, 2^e partie, titre VII). La loi entend qu'une seule peine sera subie. Elle ne dit pas que les deux peines se confondront dans leur exécution et encore moins que la Cour ordonnera la confusion. L'intérêt de la question apparaîtra surtout quand, au cas où les peines sont de même nature et de même degré, on se demandera s'il faut ou non tenir compte au condamné de la peine exécutée par lui avant le prononcé d'une peine plus forte.

Cette théorie cadre entièrement avec celle dont nous avons préconisé l'adoption sur le sens de l'art. 365.

Les délits secondaires ont perdu leur caractère individuel, donc l'arrêt qui les réprime est frappé de caducité, il ne peut plus être exécuté dans aucune de ses dispositions. Nous emploierons le mot paralysie par préférence à celui de caducité, parce que, si la seconde condamnation vient à être rétroactivement effacée, comme nous l'avons déjà dit, l'obstacle légal qui s'opposait à l'exécution du premier arrêt disparaissant, celui-ci revivra et ressortira son effet.

Au point de vue de la récidive et de la relégation, nous serions tenté d'appliquer le même principe qu'au cas de poursuites simultanées. La condamnation encourue par le délit le moins grave ne comptera pas. La faire compter, ce serait lui faire produire effet et, par conséquent, exécuter dans une certaine mesure l'arrêt qui l'a prononcée.

Mais ce n'est pas au magistrat que la loi ordonne de décider que le premier arrêt ne sera pas exécuté. Le juge n'a pas à intervenir pour déclarer ouvert à un condamné le bénéfice d'une amnistie qui rend caducs les jugements rendus contre lui à raison des délits amnistiés. Conformément au même principe, c'est au procureur général que l'art. 379 ordonne de surseoir, c'est le procureur général qui a reçu l'ordre de ne point faire exécuter; aucun texte n'impose à la cour saisie du second fait de prononcer la confusion.

Est-ce à dire que la règle du non-cumul est une règle d'exécution? C'est évidemment exagérer que d'employer une formule aussi compréhensive. On ne prononcera, en thèse générale, *qu'une peine*. Mais si l'on a été dans l'obligation d'en prononcer deux, le second arrêt sera seul exécuté; c'est une hypothèse particulière qui nécessite l'application d'une règle spéciale. Cette règle se trouve indiquée dans l'art. 379.

Ce n'est pas la peine principale du délit le moins grave qui se confondra dans l'exécution avec celle du délit le plus grave ; c'est l'arrêt lui-même, c'est la condamnation qui n'ayant pas dû normalement être prononcée, l'a été contre le vœu de la loi et sera légalement sans effet.

Notre théorie est, on le voit, plus radicale que celle de la confusion. A défaut d'autre mérite elle nous paraît avoir celui de réduire au minimum, presque au néant les différences résultant pour le condamné de la circonstance théoriquement indifférente de la simultanéité ou de la disjonction des poursuites.

L'art. 379 apporte donc une solution légale à un cas très voisin dans ses éléments juridiques de tous ceux qui peuvent rentrer dans l'hypothèse générale étudiée dans cette section.

Les circonstances de cour d'assises et de découverte du second crime pendant les débats relatifs au premier ne peuvent pas nous paraître assez graves pour avoir mérité du législateur le bénéfice d'une réglementation spéciale, dont seraient exclus les cas similaires. Nous étendrons donc la solution implicitement contenue dans l'art. 379 et nous nous demanderons ce qui doit advenir de la portion de la première peine déjà subie au moment où la peine plus forte de la seconde infraction a été prononcée.

La théorie de la confusion appliquée aux peines privatives

(¹) Nous n'irons pas toutefois jusqu'à demander au ministère public de surseoir dans tous les cas où un fait nouveau susceptible d'une peine plus grave est porté à sa connaissance. L'ordre qui lui est donné dans ce sens par l'art. 379 suppose, en effet, une condamnation n'ayant pas encore acquis l'autorité de la chose jugée, ce qui ne sera pas le cas quand le délit nouveau ne sera découvert qu'après l'expiration de tous les délais de recours. Nous entendons seulement dire, et en cela nous ne nous écartons en rien de l'opinion communément reçue, que la mesure provisoire édictée par cet article implique nécessairement de la part du législateur l'intention de ne pas faire exécuter la peine la plus faible après que la plus forte aura été prononcée. En ce sens Vidal, p. 368.

de la liberté de même nature et degré, produit des conséquences que nous n'hésitons pas à reconnaître, plus heureuses que celle de l'effacement légal de l'arrêt à laquelle nous avons cru devoir nous ranger. Elle a pour effet de permettre l'imputation de la première peine ou du temps qui en a déjà couru sur la nouvelle, et ce, sans passer par l'intermédiaire d'une transformation en détention préventive.

Remarquons toutefois que cet avantage ne saurait être invoqué si les peines sont, par exemple, l'une pécuniaire et l'autre privative de la liberté, l'une restrictive, l'autre privative, l'une temporaire, l'autre perpétuelle. L'intérêt de cette théorie n'est donc pas général et ne saurait nous faire revenir sur les considérations de principe déjà présentées.

Il faut, selon nous, se résigner dans tous les cas à subir la force des faits, et puisqu'il n'a pas été possible d'appliquer l'article 365 et de ne prononcer qu'une peine, décider que l'arrêt ou le jugement anéanti par l'effet d'une condamnation à une peine plus forte a pu légalement être exécuté, tant que l'événement qui rend son exécution impossible a été ignoré. Le passé ne nous appartient pas, on ne peut faire que ce qui a été n'ait pas été, et les lois d'amnistie elles-mêmes qui, par une fiction juridique, effacent le caractère délictueux des actes auxquels elles s'appliquent, n'empêchent pas que les condamnés aient subi leur peine avant leur promulgation, pas plus que l'acquiescement d'un prévenu n'efface le fait de la prison préventive qu'il a injustement subie.

Il convient au surplus de ne pas s'apitoyer outre mesure sur la situation faite au délinquant par la théorie que nous soutenons. Celui-ci a, en effet, un moyen bien simple de se soustraire aux inconvénients quelle comporte. Il lui suffit, en effet, de faire en justice les aveux prévus par l'article 379 pour éviter de subir la peine du délit le moins grave découvert le premier.

S'il a préféré courir la chance d'échapper à la répression du délit le plus grave, il était libre d'agir ainsi, son calcul a été mauvais et il ne saurait adresser de reproches qu'à lui-même.

Ici, cependant, les auteurs dont l'interprétation s'était pour ainsi dire toujours orientée dans le sens de la rigueur, cherchent à adoucir le sort du condamné et se récrient devant les différences de situations que lui crée la disjonction des poursuites.

Une théorie s'est élaborée d'après laquelle la durée de la peine subie en exécution de la première condamnation supposée plus légère, doit être déduite de la seconde peine par rapport à laquelle elle prend le caractère de détention préventive.

M. Vidal, notamment, soutient avec vigueur cette thèse que M. Laborde défend aussi, énergiquement, dans un savant article de la *Revue critique*.

Ils citent tous les deux à l'appui de leur opinion deux arrêts rendus par la Cour de cassation les 15 avril et 23 juillet 1897 ⁽¹⁾, et il peut sembler qu'il faille confondre la Cour de cassation dans la critique de leur opinion.

Nous n'en ferons rien cependant et déciderons que les arrêts de 1897 sont entièrement conformes à nos vues sans que la doctrine générale dont ces auteurs y voient la confirmation puisse être acceptée par nous.

Il est indispensable de bien s'entendre sur le sens que l'on attribue à ces mots « détention préventive ».

La détention préventive nous paraît être la détention subie avant une condamnation irrévocable et à raison du délit sur lequel cette condamnation est intervenue, et c'est cette idée

(¹) Laborde, Exam. doct. jur. crim., *Revue critique*, 1898, p. 71 et suiv.

que la cour de Dijon, dans un arrêt du 26 mai 1897, exprimait dans cette formule peut-être un peu nue : « Dès que le mandat de dépôt vise un délit différent, il ne peut plus y avoir imputation ».

N'y a-t-il pas, en effet, quelque chose de peu rationnel à voir dans une peine de six mois de prison, par exemple, intégralement subie pour un délit, une période de détention préventive à raison d'un autre délit ou d'un crime qui n'a été découvert qu'après la libération du condamné, peut-être dix ans après et à la veille de la prescription ?

Et si on ne peut accepter cette solution dans l'espèce que nous indiquons, quelle raison de l'accepter au lendemain ou à la veille de la libération, à un moment quelconque de l'exécution de la première peine ?

Encore une fois nous sommes en présence d'un fait qui s'impose à nous. La loi seule pourrait décider l'imputation, ce n'est pas l'art. 24 qui l'a fait, puisqu'il ne vise que la détention préventive définie comme nous avons cru devoir le faire. Nous avons pourtant indiqué que les arrêts de la Cour de cassation cités généralement contre nous étaient conformes à nos vues, nous devons en examiner de plus près les termes en même temps que les espèces sur lesquelles ils ont été rendus.

Il s'agit, dans la première, d'un sieur Rigaud qui avait été condamné à huit jours de prison et mis immédiatement en liberté parce que sa détention antérieure au jugement avait été supérieure à ce temps. Incarcéré de nouveau à la suite d'un second délit plus grave commis avant l'expiration du délai d'appel relatif au premier, il fit appel et la condamnation n'étant pas définitive, le procureur général lui notifia son intention de le considérer comme détenu en raison du premier délit non irrévocablement puni et par suite de ne pas

imputer la détention préventive qu'il subissait encore sur la peine du second délit.

Le condamné était incontestablement en état de cumul. La Cour de cassation a pu décider que la détention subie par lui après sa seconde incarcération devait s'imputer sur toute condamnation intervenant au cours de cette détention, en d'autres termes que la première condamnation étant censée n'avoir jamais été prononcée, la détention subie en vertu du second mandat de dépôt doit être réputée ne l'avoir été qu'en vertu de ce mandat, et qu'on ne doit plus lui reconnaître que le caractère de détention préventive à raison du délit le plus grave.

Dans la seconde affaire, c'est au cours d'une détention préventive subie à raison d'un crime de faux qu'une condamnation correctionnelle était intervenue.

La période écoulée entre cette condamnation correctionnelle et l'arrêt rendu sur le faux, se trouvait avoir à la fois le caractère de prévention au regard du crime puni par l'arrêt, et d'exécution par rapport à la peine du délit. La Cour de cassation a décidé qu'il convenait de ne considérer dans cette période que son caractère préventif indiscutable, et que par suite l'imputation pouvait être faite.

C'est l'application pure et simple des principes admis par nous-même sur la détention préventive.

Nous la suivrons donc sur ce terrain là sans voir, comme on a voulu le faire dans les arrêts que nous venons d'analyser, l'affirmation judiciaire de la rétroactivité de la confusion.

Les auteurs ont cependant d'excellentes raisons pour dépasser la théorie de ces arrêts et lui donner la portée générale qu'elle n'a pas.

« Il est en effet logique de décider que la confusion des peines prononcées en même temps que la peine la plus forte

lors de la seconde poursuite rétroagit au jour où a été appliquée la peine absorbée ». Nous ne discuterons pas cette affirmation de M. Laborde, en faveur de laquelle militent, comme il le dit, de sérieuses considérations d'équité.

La technique même du droit se prête-t-elle aussi bien à l'adoption d'une théorie comportant de pareilles applications sans un texte formel qui la consacre? Nous verrons, dans cette importante déduction, un motif de plus d'en douter.

Nous en accepterions toutefois l'idée en la limitant au cas qui fait l'objet de notre discussion actuelle, si l'on n'entendait pas la faire rétroagir, et si l'on y voyait pour ce cas très spécial seulement, une règle d'exécution (Voir chap. VI pour le développement de cette idée).

Nous touchons ainsi à la fin de cette section relative au cas où la peine du délit le moins grave a été prononcée la première.

Il nous reste à observer qu'ici comme ailleurs la jurisprudence permet de cumuler les peines de même nature et degré dans leur exécution, et sans appliquer la théorie de la confusion, à concurrence du maximum de la plus forte, mais fidèle à nos prémices, nous déciderons que c'est violer encore l'art. 365, et que le juge a seulement la faculté de prononcer le maximum de la peine afférente au délit dont il est saisi, sans se préoccuper d'un jugement ou d'un arrêt dont l'exécution ne pourra plus être poursuivie.

Nous avons, dans cette section, toujours envisagé le cas où la peine méritée par le second délit était plus grave que celle qui a été prononcée contre le premier.

L'objet de notre étude doit être plus étendu. Il se peut, comme nous l'avons indiqué dans la section précédente, que le maximum de la peine afférente au second délit soit supérieur à celle qui a été prononcée contre le premier, et cela

nous a suffi pour autoriser des poursuites; mais il se peut aussi qu'à l'examen des faits de la cause, le juge, en se référant à la définition que nous avons donnée de la peine la plus forte, décide qu'elle a été déjà prononcée.

Il libellera alors sa décision suivant une formule se rapprochant de celle-ci :

Attendu que bien que le maximum de la peine attachée par la loi au délit actuellement poursuivi soit supérieur à celui de la peine attachée au délit déjà réprimé, il résulte de l'examen des faits de la cause que la peine effectivement méritée par ce délit est moins grave que celle qui a été déjà portée contre le condamné; il n'y a pas lieu de la prononcer.

Nous estimerons, en pareil cas, que le fait matériel du délit ayant rendu nécessaire son examen judiciaire, les frais de la poursuite doivent rester à la charge de son auteur.

La doctrine moderne qui admet, au cas de poursuites simultanées, l'individualité des délits et la théorie de la confusion des peines dans leur exécution, est infiniment logique en l'admettant *a fortiori* au cas de poursuites successives.

Nous croyons avoir démontré que cette théorie est née sous l'empire de notre code d'instruction criminelle au sujet de notre hypothèse, et qu'elle a été progressivement étendue d'un cas exceptionnel aux cas normalement prévus par l'art. 365. Nous ne reviendrons pas sur cette critique et reconnaitrons une fois de plus que l'édifice construit par la doctrine sur les ruines de l'art. 365 répond au moins aux lois de l'esthétique.

Nous n'en saurions dire autant de celui de la Cour de cassation.

CHAPITRE VI

La règle du non-cumul des peines est-elle une règle d'application ou une règle d'exécution?

La plupart des auteurs consacrent de longs développements à l'examen de la question de savoir si la règle de l'art. 365 est une règle d'application ou une règle d'exécution des peines, et chose curieuse, après avoir soutenu le système du cumul des peines dans l'application corrigé par celui de la confusion dans l'exécution, ils concluent la plupart en déclarant que le non-cumul des peines est une règle d'application.

Cette conclusion, qui ne leur permet pas d'échapper complètement au reproche d'illogisme dont nous les exemptions tout à l'heure, n'est pas, à vrai dire, admise par tous. Il en est quelques-uns qui décident que c'est au ministère public qu'il appartient de faire respecter la règle du non-cumul des peines quand les tribunaux l'ont méconnue ou violée.

Ils argumentent en ce sens d'une circulaire du garde des sceaux de 1867 et de l'art. 379 dont ils étendent, selon nous, la portée hors de l'hypothèse pour laquelle il a été fait.

La Cour de cassation et la majorité des auteurs, nous venons de le dire, décident autrement en principe, mais on analyse encore ici les différentes formes sous lesquelles se peuvent présenter les faits et on permet dans bien des cas

au ministère public d'interpréter, comme s'il la violait, la sentence qu'on lui fait un devoir d'exécuter.

Si les poursuites ont été simultanées, l'épuisement des voies de recours ou l'expiration du temps pendant lequel il en peut être fait usage contre la décision rendue au mépris de l'art. 365, ne laisse plus au condamné d'autre ressource qu'une demande de grâce.

Si elles ont été successives, on distingue suivant que les peines prononcées sont de même nature ou degré ou si elles diffèrent de nature ou de degré. Les peines sont-elles différentes, la condamnation la plus grave absorbe la condamnation la moins grave, et quoique le juge n'ait rien dit de la confusion des peines, la plus grave doit seule être exécutée. Le ministère public interprète alors le silence du magistrat comme un oubli et il le répare. Il n'est pas besoin d'insister sur l'inconséquence de ce système qui, après avoir solennellement déclaré que l'art. 365 pose une règle d'application, le traite en fait comme s'il constituait une règle d'exécution.

Si les peines prononcées sont de même nature et de même degré, la répression devient draconienne. Elles seront cumulées jusqu'à concurrence du maximum légal le plus élevé. Ainsi le ministère public chargé de faire exécuter la sentence du juge ne la fera exécuter qu'en partie quand, par l'addition des différentes peines prononcées ce maximum se trouve dépassé; il la modifiera donc et ici encore il traitera une règle d'application comme une règle d'exécution.

Nos meilleurs auteurs reculent devant cette solution communément admise en jurisprudence et dont un des torts est de faire la situation du délinquant plus fâcheuse s'il n'a commis que des délits punis de peines identiques que s'il a commis des infractions dont l'une est plus grave que l'autre.

Les uns admettent encore la solution donnée par eux au

cas précédent et ne font exécuter que la peine la plus forte ⁽¹⁾, mais ils ne se demandent pas quelle est la peine la plus forte. La pensée ne semble même pas leur être venue qu'une controverse puisse s'élever sur ce point. On aura égard, pour l'apprécier, au taux effectivement atteint par chacune des condamnations prononcées qu'on comparera entre elles, et non pas au maximum théoriquement applicable au délit le plus fortement réprimé par le code pénal. Il ne paraît être venu à la pensée de personne de dire que de deux peines, l'une de deux ans de prison prise sur un maximum de cinq ans, l'autre de trois ans prise sur un maximum de quatre ans, c'est celle de deux ans qui devra seule être exécutée.

La théorie communément admise pour la détermination de la peine la plus forte est donc inapplicable dès qu'il s'agit de faire jouer pratiquement la règle du non-cumul. Ce nous est une raison de plus pour la combattre et pour affirmer la thèse que nous avons présentée dans notre chapitre III.

D'autres criminalistes, M. Garraud notamment, admettent une solution intermédiaire : en cas de silence du juge sur la question de confusion, il y a doute et le doute doit profiter à l'accusé. La peine la plus forte doit seule être subie.

Si l'on veut sortir du doute, il faut s'adresser au juge de qui émane la dernière condamnation pour lui demander s'il a entendu la cumuler ou la confondre avec la première. C'est l'application du droit général *en cas d'incident contentieux* sur l'exécution des peines. Nous ne saurions donc la critiquer en principe. Mais il faut, selon nous, un incident provoqué par le condamné.

Pas plus que MM. Chauveau et Hélie, M. Garraud ne se demande, pour le cas où l'on renonce à faire interpréter la seconde décision par les juges qui l'ont rendue, quelle est la

(1) Faustin-Hélie.

peine la plus forte, quelle est celle, par conséquent, qui doit être exécutée. Avec sa définition de la peine la plus forte, il se serait heurté aux difficultés insurmontables que nous signalions tout à l'heure; il aurait dû la faire fléchir. N'est-il pas préférable de l'abandonner?

Ici encore, nous le voyons, les indécisions, les tâtonnements, les incohérences même que nous avons relevés dans les systèmes communément adoptés en étudiant l'application judiciaire principe du non-cumul se reproduisent avec les mêmes inconvénients, et quelque opinion que l'on adopte sur le caractère de ce principe : Application ou Exécution, on est obligé à des fléchissements pratiques qui ne permettent guère de la reconnaître.

L'erreur des tenants de l'une et de l'autre opinion vient, à notre sens, de ce qu'ils veulent donner le même champ d'application à deux textes dont le premier pose la règle générale et le second la règle exceptionnelle applicable à une hypothèse soustraite par la force même des choses à l'action du premier.

Il faut, selon nous, considérer que le ministère public est au regard du non-cumul des peines ce qu'il est au regard de toutes les autres règles de notre droit.

Il est, dans l'exécution des peines, l'agent du juge qui les a prononcées et ne saurait transgresser une décision ayant acquis l'autorité de la chose jugée qu'en vertu d'un texte spécial l'y autorisant ou le lui enjoignant.

Deux condamnations relatives à des délits cumulés n'ont pu intervenir que dans trois hypothèses que nous avons déjà examinées :

1° Les poursuites ont été simultanées ;

2° Les poursuites ont été successives, mais la peine la plus forte a été prononcée la première.

Notre interprétation conduit à décider qu'une seule peine a pu être légalement prononcée par le juge. S'il en a prononcé deux, cela résulte de ce qu'il a interprété autrement que nous-même l'art. 365 ou de ce que le prévenu interrogé par le second juge sur le point de savoir s'il a déjà été condamné a répondu par un mensonge. Il ne saurait nous venir un seul instant à la pensée de permettre au ministère public de se faire juge à son tour et d'appliquer une règle écartée par le jugement dont il doit assurer l'exécution, sous le prétexte qu'il est mieux éclairé en droit ou en fait.

Une condamnation devenue irrévocable doit être, en principe, exécutée telle quelle, et tant que des voies de recours resteront ouvertes, nous permettrons seulement au ministère public de joindre son recours à celui du condamné à qui deux condamnations ont été infligées à tort ou même de prendre l'initiative de ce recours, si le condamné reste passif par indifférence ou ignorance de ses droits.

Quand toutes les voies de recours seront épuisées, le droit de grâce du chef de l'Etat nous paraîtra seul pouvoir corriger l'injustice dont le condamné se trouve atteint, un peu par sa faute, il faut bien le reconnaître.

Mais dans la troisième hypothèse, dont l'art. 379 règle un des aspects, où la condamnation qui a sanctionné les premières poursuites est moins grave que celle qui est intervenue sur les secondes, nous devons nous rappeler que le législateur a reconnu lui-même l'impossibilité où l'on se trouvait de vêtir d'une façon complète son art. 365, et qu'en ordonnant au procureur général de surseoir à l'exécution du premier arrêt, il lui a implicitement défendu de faire subir la première peine.

Ce n'est pas, avons-nous dit, la confusion des peines dans l'exécution que consacre l'article 379; c'est la défense adressée

au ministère public d'exécuter un arrêt devenu caduc, comme s'appliquant à un délit qu'un événement postérieur a fait apparaître comme non susceptible d'être puni, et en ce sens c'est une règle d'exécution.

Le principe général est donc que le non-cumul des peines est une règle d'application. Tu ne prononceras qu'une peine, la plus forte, dit le législateur au magistrat saisi de deux délits, et par conséquent quand tu auras prononcé la plus forte à raison de l'un d'eux, tu n'en pourras prononcer d'autre.

Si tu n'as pu, par suite de circonstances que je prévois, éviter une violation de cette règle d'application, si ayant prononcé la peine du délit le moins grave la première, tu te vois dans l'obligation d'en prononcer une seconde pour réprimer le délit le plus grave, ton premier jugement ne sera pas exécuté, et pour arriver à ce résultat conforme aux vues dont l'article 365 est l'expression, je m'adresse directement à l'autorité chargée d'assurer à la fois l'exécution des arrêts et des lois, au ministère public, comme je lui enjoins directement d'élargir les individus régulièrement détenus en vertu de décisions définitives, quand il me plait d'effacer rétroactivement par une amnistie le caractère délictueux des actes sur lesquels tu as statué. L'intervention de l'autorité judiciaire n'apparaît pas comme plus nécessaire dans un cas que dans l'autre.

La théorie implicitement contenue dans l'art. 379 dont l'argument d'analogie et les principes rationnels nous ont paru nécessiter l'extension à tous les cas où le délit le moins grave a été puni le premier est ainsi le correctif ou plutôt le complément nécessaire de celle que l'art. 365 a introduite dans notre législation.

Elle s'applique à tous les cas où l'art. 365 est en défaut. Si cet article défend de prononcer deux peines, c'est évidemment pour qu'une seule soit subie. Quand on n'a pas pu ne pas en prononcer deux, on n'en exécute qu'une.

Le système de notre législation est donc complet.

CHAPITRE VII

Conclusion.

La nécessité où nous nous sommes trouvé de suivre la jurisprudence dans les discussions d'espèces et les distinctions auxquelles elle a appliqué tant de systèmes qu'on peut se demander si elle en a vraiment un, ne nous a peut-être pas permis de présenter avec toute la clarté désirable celui dont nous nous autorisons à proposer l'application. Nous croyons donc devoir le résumer ici aussi succinctement que possible, renvoyant, pour les explications de détail, aux divers chapitres de ce travail.

Après avoir examiné les différents systèmes de pénalité théoriquement applicables à la situation connue en droit sous le nom de cumul des délits, il nous a paru que le système de l'aggravation légale présentait, avec le moins d'inconvénients pratiques, le plus d'avantages sociaux. Nous devons toutefois observer, ce que nous n'avons pu faire avant de passer en revue les difficultés d'application du système d'aggravation judiciaire que consacre notre code, que cette aggravation ne pourrait être efficace qu'avec un texte permettant au juge de toujours statuer sur l'ensemble des délits cumulés, même au cas de poursuites successives,

et de revenir au besoin pour cela sur les condamnations déjà prononcées. C'est une violation de la chose jugée qu'un texte formel de loi pourrait seul autoriser.

C'est le système de l'absorption ou aggravation simplement judiciaire que l'art. 365 nous a paru consacrer en thèse générale dans notre législation.

Ce texte inscrit dans le code d'instruction criminelle nous a paru, pour cette raison, s'appliquer aux infractions antérieures à ce code aussi bien qu'aux infractions prévues par le code pénal ou par des lois spéciales postérieures à lui. Nous avons aussi décidé qu'il y avait lieu de n'en pas restreindre l'application au seul cas de poursuites simultanées de crimes ou délits cumulés devant la cour d'assises en raison de l'évolution historique dont il est le terme, de l'absence d'autres articles posant le droit de la matière et aussi de l'intention formelle du législateur manifestée par la déclaration très nette du rapporteur, M. Fauré.

Applicable à toutes les infractions, sauf aux contraventions de police et à celles qui ont fait l'objet de dispositions législatives dérogeant expressément au droit commun, nous l'avons aussi déclaré applicable à toutes les peines sans distinguer, comme on le fait d'ordinaire, entre les peines proprement dites et les peines ayant le caractère de réparations civiles, les peines principales et accessoires d'un côté et les peines complémentaires de l'autre. La généralité des termes de l'art. 365, la peine la plus forte sera seule prononcée, ne permet pas, à notre sens, de faire entre les peines des distinctions qui ne pourront avoir d'autre effet que d'aggraver dans des cas nombreux la situation d'un condamné à qui doivent profiter toutes les obscurités de la loi pénale, celle-ci étant nécessairement d'interprétation étroite en tant qu'elle diminue les droits de l'individu ou aggrave sa situation.

Avant d'examiner dans le détail les difficultés soulevées par l'application judiciaire de l'art. 365 dont l'application théorique nous avait d'abord retenu, nous avons cherché à définir ce qu'il fallait entendre par la peine la plus forte, estimant que là devait être le nœud de la plupart des questions auxquelles la jurisprudence ne pouvait appliquer les mêmes principes.

Avec la majorité des auteurs, nous avons admis que le code pénal nous indiquait, dans ses art. 6, 7, 8 et 9, une hiérarchie légale des peines, et qu'étant données les différences de traitement infligé aux condamnés à telles ou telles de ces peines, il y avait lieu de considérer le minimum de la plus élevée en nature ou en degré comme légalement plus répressif que le maximum de la peine placée à un rang moins élevé sur l'échelle préalablement déterminée. Nous avons ainsi parfaitement compris pourquoi la loi décidait que la plus forte serait seule prononcée, son caractère répressif étant toujours plus accusé que celui de l'autre; mais passant à l'examen des peines de même nature et de même degré, nous n'avons pu admettre la théorie générale suivant laquelle la plus forte est déterminée par le maximum légal auquel la loi permet de la porter ou au cas où le maximum est le même, le minimum du même taux.

Nous avons considéré que le législateur n'avait pu vouloir permettre de prononcer à raison de deux délits une peine qu'il juge insuffisante à la répression d'un seul, de dire que la peine d'un an de prison, par exemple, pouvait être supérieure à celle de trois ans, par cette seule raison qu'elle était prise sur une pénalité plus forte que le juge est libre de ne pas appliquer.

Nous avons été ainsi amené à décider que la peine la plus forte était celle que l'examen des faits de la cause permettait

à la conscience du juge d'arbitrer comme telle et que c'était cette peine-là qui devait seule être prononcée, fût-elle empruntée à une pénalité dont le maximum est inférieur à celui d'un autre délit.

Les difficultés sans nombre auxquelles se heurtait la jurisprudence dans l'application de notre texte nous ont dès lors paru singulièrement aplanies.

Au cas de poursuites simultanées, nous n'avons permis au juge de ne prononcer qu'une peine en lui laissant le soin de dire à quel délit il entend l'appliquer, pourvu, bien entendu, que le minimum de l'une ne soit pas supérieur au maximum de l'autre ⁽¹⁾, ce qui, hormis le cas où il admet les circonstances atténuantes pour le délit le plus grave, limite son pouvoir d'appréciation.

Nous avons décidé ainsi en interprétant littéralement l'art. 365, qui dit que la peine la plus forte sera seule prononcée et non pas sera seule subie et aussi parce que cette manière de voir permet au juge de faire jouer aux délits secondaires par rapport au délit plus grave dont il prononce la répression le rôle de circonstance aggravante judiciaire, ce qui est, croyons-nous, conforme à l'esprit du législateur.

L'objection tirée de la possibilité d'une loi d'amnistie s'appliquant au délit le plus grave seul puni et d'autres cas où la condamnation qui lui est afférente disparaît légalement ne nous a pas arrêté, l'effacement rétroactif de cette condamnation supprimant la situation même du cumul et permettant la déduction en justice des délits secondaires, pris cette fois

(1) Il résulte des explications que nous avons données au chapitre III que si les peines à comparer sont de nature et de degré différents, le minimum de celle qui occupe le rang le plus élevé dans l'échelle légale doit être considéré comme légalement plus répressif que le maximum de l'autre. Même entre les peines de même nature et degré, il peut arriver que le minimum de l'une soit supérieur au maximum de l'autre : soit trois à cinq ans d'emprisonnement et un à deux ans,

en tant que délits et non plus comme circonstances de fait, ce qui ne viole pas, selon nous, la chose jugée.

Une autre objection plus grave a été tirée de l'impossibilité de faire compter pour la relégation les délits moins graves spécifiés par la loi de 1885.

Il y a là incontestablement, à notre avis, une *inelegantia juris* et nous souhaitons fort que le législateur réforme sur ce point son œuvre incomplète.

Quand les délits cumulés ne sont pas en même temps déférés à la justice, l'ordre suivant lequel ils se présentent peut différer. La peine du premier délit réprimé étant connue dans son taux même, il faut la comparer au maximum de la peine portée par la loi contre le second pour savoir si de nouvelles poursuites sont possibles. Est-elle supérieure à ce maximum, la peine la plus forte a été prononcée et l'art. 365 exigeant qu'elle le soit seule, le vœu de la loi se trouve rempli. Est-elle au contraire inférieure au minimum de la peine du second délit, il faudra, de toute nécessité, violer l'art. 385 en prononçant la peine la plus grave, ce qui fera que deux peines auront été prononcées, mais par extension de la solution donnée par l'art. 379 à un des cas qui rentrent dans cette hypothèse, nous avons estimé qu'il y avait lieu de considérer la première décision comme non avenue et qu'il ne fallait l'exécuter dans aucune de ses dispositions, ce qui replace exactement le juge dans la situation où il se trouve quand les poursuites sont simultanées. Il peut en effet se mouvoir dans les limites du minimum et du maximum de la nouvelle peine en faisant jouer au délit constaté par un jugement que sa nouvelle sentence frappera de caducité, le rôle de circonstance aggravante judiciaire. Il n'y aura absolument rien de changé et c'est là une raison décisive pour nous d'adopter ce système qui s'applique avec la même

sûreté à toutes les hypothèses, alors que celui de la jurisprudence est « ondoyant et divers » autant que les espèces, et que celui de la doctrine moderne (confusion) conduit logiquement à ne tenir aucun compte dans le prononcé de la peine qui dispense de subir l'autre, de cette circonstance pourtant intéressante du cumul. Si la première peine est inférieure au maximum de la nouvelle et supérieure à son minimum, de nouvelles poursuites doivent être exercées pour laisser au juge le soin de décider sur lequel des deux premiers cas l'on se trouve.

Pour résumer encore ce résumé, nous condenserons toute notre pensée dans cette formule de la Cour de cassation dont nous n'avons fait en somme que la paraphrase : « Celui qui est mis en jugement et condamné pour un crime expie les autres crimes moins graves et les délits correctionnels qu'il a commis. L'expiation résulte du fait de la condamnation prononcée pour le crime le plus grave ; à raison de crimes expiés, aucune condamnation n'est plus possible », et nous ajouterons : « En cas de conviction de plusieurs crimes ou délits, la peine la plus forte sera seule prononcée ». Cela veut dire que toutes les fois que le juge pourra appliquer la peine la plus forte ou l'aura appliquée sur une poursuite, il n'en pourra prononcer d'autre, c'est une règle d'application ; si le juge, ayant déjà prononcé la peine la plus faible, doit prononcer la peine la plus forte et par conséquent violer la règle générale, on corrigera cette imperfection du système en ne faisant exécuter que le second arrêt.

Nous ne reviendrons pas ici sur les inconvénients de ce système seul conforme à la lettre autant qu'à l'esprit de la loi. L'impossibilité d'appliquer les peines de la récidive et de la relégation aux délinquants d'habitude ou même de revenir après une grâce que la découverte de nouveaux délits

ou crimes fait apparaître comme imméritée, nous paraît particulièrement choquante.

Et en concluant nous exprimerons le désir de voir le législateur, en aggravant au cas de cumul le maximum de la peine la plus forte prise dans le sens où l'entendent à la fois la jurisprudence et la doctrine, décider que le juge pourra toujours se mouvoir, pour l'application de la peine, dans les limites de ce maximum spécial, que les poursuites soient simultanées ou successives et, dans cette dernière hypothèse, que la peine du premier délit poursuivi soit plus forte ou moins forte que celle du second.

Nous voudrions aussi que le juge pût *tarifer*, au point de vue de la récidive, de l'amnistie, de la revision ou de la cassation, la répression théorique de chacun des délits cumulés considérés *in individuo* et quand la condamnation globale que nous superposerions aux condamnations individuelles serait prononcée lors d'une deuxième poursuite, celle qui aurait couronné la première prendrait le caractère de tarification éventuelle.

La théorie générale dont nous préconisons l'adoption en nous conformant aux principes que nous avons étudiés au début de ce travail et aux données de l'expérience révélées par l'examen des difficultés pratiques est donc celle de l'*aggravation légale* avec tarification de la peine afférente à chacun des délits cumulés et absorption, au point de vue de leur exécution, des peines individuelles dans la peine globale applicable à l'ensemble.

Elle pourrait se résumer dans les deux articles suivants que nous proposons très humblement à l'attention du législateur.

ARTICLE 1^{er}. — Le juge saisi de plusieurs crimes ou délits cumulés prononcera, à raison de chacun d'eux, la peine

qui lui eût été normalement applicable s'il avait seul été commis. Il prononcera en outre, à raison de l'ensemble, une peine globale prise sur la pénalité légalement attachée au délit le plus grave, augmentée dans les limites déterminées d'autre part, à condition qu'elle ne soit ni capitale ni perpétuelle.

Cette peine sera seule exécutée, les peines particulières à chaque délit ne devant l'être qu'au cas où l'effacement rétroactif des condamnations prononcées à raison d'un ou de plusieurs des délits cumulés n'en laisserait pas subsister de plus forte. Les peines individuelles seront aussi prises en considération pour l'application des lois relatives à la récidive et à la relégation. Les peines complémentaires édictées contre chacun de ces délits devront être prononcées et subies, sauf l'exception tierce de l'incompatibilité.

ART. 2. — Si un des délits ou crimes cumulés a été définitivement jugé et puni avant la découverte des autres, le second juge appliquera toujours la peine aux nouveaux et prononcera la peine globale encourue par la situation du cumul. Dans ce cas, la peine ou la portion de peine déjà subie en exécution de la première condamnation s'imputera sur la peine globale si sa nature ne s'y oppose pas. La première peine prendra le caractère de peine individuelle, tel qu'il est défini à l'article précédent.

Si la première infraction jugée est un crime et la seconde un délit, on reviendra devant la cour d'assises pour l'application de la peine globale.

Ce système nous paraît avoir l'avantage, pour le cas où c'est le délit le moins grave qui vient à disparaître par suite d'une amnistie, cassation ou revision, de ne pas faire supporter au condamné l'aggravation de peine dont il a été l'ob-

jet en influant sur la condamnation du délit le plus grave. Le système de l'aggravation légale ou du cumul juridique, tel qu'il ressort du projet de la commission instituée en 1887 pour la réforme du code pénal, n'a pas prévu cette hypothèse, qui pourtant ne doit pas être négligée ⁽¹⁾.

(1) Voir en appendice le texte de ce projet.

VU : LE PRÉSIDENT DE LA THÈSE :

A. MARANDOUT.

VU : LE DOYEN :

H. MONNIER.

VU ET PERMIS D'IMPRIMER :

Bordeaux, le 27 mai 1907.

Le Recteur de l'Académie,

R. THAMIN.

Les visas exigés par les règlements ne sont donnés qu'au point de vue de l'ordre public et des bonnes mœurs (Délibération de la Faculté du 12 août 1879).

APPENDICE

Projet de code pénal de la commission constituée en 1887.

CHAPITRE IX

DU CONCOURS DE FAITS PUNISSABLES

ART. 85. — En cas de concours de plusieurs contraventions, les peines sont cumulées.

ART. 86. — En cas de concours de plusieurs délits et contraventions, les peines sont cumulées sans pouvoir excéder le double du maximum de la peine la plus forte.

ART. 87. — En cas de concours d'un crime avec un ou plusieurs délits ou contraventions, la peine applicable au crime sera seule prononcée.

ART. 88. — En cas de concours de plusieurs crimes, la peine la plus forte sera seule prononcée. Elle pourra être élevée de moitié au-dessus du maximum fixé par la loi.

ART. 89. — La peine la plus forte est celle dont la durée est la plus longue; si les peines sont de même durée, l'emprisonnement est considéré comme une peine plus forte que la détention.

ART. 90. — Les peines de la confiscation spéciale à raison de plusieurs crimes, délits ou contraventions sont toujours cumulées.

ART. 91. — Lorsque le même fait constitue plusieurs infractions, la peine la plus forte sera seule prononcée.

BIBLIOGRAPHIE

I. Auteurs.

- BERTAULD. — Cours de code pénal et leçons de législation criminelle. Paris, 1873.
- BLANCHE. — Etudes pratiques sur le code pénal, 2^e édit. Paris, 1888-1890.
- BOURGUIGNON. — Manuel d'instruction criminelle. Paris, 1810.
- Jurisprudence des codes criminels. Paris, 1825.
- CHAUVEAU et HÉLIE. — Théorie du code pénal, 3^e édit. Paris, 1852.
- DALLOZ. — Répertoire.
- Supplément au Répertoire.
- DESJARDINS. — Les cahiers des Etats généraux et la législation criminelle. Paris, 1883.
- FAUSTIN et HÉLIE. — Traité de l'instruction criminelle, 2^e édit. Paris, 1866-1867.
- GARRAUD. — Précis de droit criminel, 6^e édit. Paris, 1898, 1 vol.
- Traité théorique et pratique du droit pénal français, 1^{re} édit. 5 vol. Paris, 1888-1894 ; 2^e édit. 6 vol. Paris, 1898.
- JOUSSE. — Traité de la justice criminelle en France.
- LABORDE. — Cours de droit criminel, 2^e édit. Paris, 1898.
- LE BRUN. — Du cumul des délits en droit français. Thèse, Paris, 1886.
- LE GRAVEREND. — Traité de la législation criminelle en France. Paris, 1830.
- LE SELLYER. — Traité de l'exercice et de l'extinction des actions publiques et privées. Paris, 1870.
- LOYSEAU. — Œuvres complètes. Traité des seigneuries, chap. XII. Paris, 1660.
- LOYSEL. — Institutes coutumières. Paris, 1758 et 1846.
- MANGIN. — Traité de l'action publique et de l'action civile en matière criminelle. 3^e édit. Paris, 1876.
- MIS (Louis). — Du concours des faits punissables en droit français. Thèse. Toulouse, 1872.
- MORIN. — Répertoire général de droit criminel, v^o *Peine*. Paris, 1851.
- MOLINIER et VIDAL. — Traité théorique et pratique du droit pénal, II. Paris, Pedone, 1894.
- NORMAND. — Traité élémentaire de droit criminel. Paris, Pedone, 1896.
- ORTOLAN. — Eléments de droit pénal. Paris, 1875.

PRINS. — Science pénale et droit positif. Bruxelles, 1899.

RAUTER. — Traité théorique et pratique du droit criminel français. Paris, 1896.

RIBOULET. — Du principe du non-cumul des peines. Thèse. Paris, 1899.

SIREY. — Recueil général des lois et arrêts. Codes annotés.

TRÉBUTIEN. — Cours élémentaire de droit criminel. Paris, 1854.

VIDAL. — Cours de droit criminel et de science pénitentiaire, 3^e édit. Paris, 1906.

II. Périodiques et Revues.

DALLOZ.

SIREY.

Journal de droit criminel, 1862, p. 289 (Morin).

— . 1868, p. 97 (Morin).

— 1905, p. 1 (Richard).

Revue critique, 1867, p. 383 (Collet).

Revue de législation, XIII, p. 483 (Thierret).

Revue pénitentiaire, 1895, p. 988 et 1074.

— 1896, p. 719.

Revue pratique, X, p. 32 et 33 (Lair).

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
CHAPITRE I. — Définition et essai d'une théorie rationnelle du cumul	1
CHAPITRE II. — Droit positif. Règle et exceptions envisagées : 1° par rapport aux infractions; 2° par rapport aux peines.	21
CHAPITRE III. — Détermination de la peine la plus forte	58
APPLICATION JUDICIAIRE DU PRINCIPE DU NON-CUMUL	
CHAPITRE IV. — Poursuites simultanées des délits cumulés.	70
CHAPITRE V. — Poursuites successives	101
CHAPITRE VI. — Caractère de la règle du non-cumul des peines	128
CHAPITRE VII. — Conclusion.	135
APPENDICE.	144
BIBLIOGRAPHIE	145

